

ELAINE CARNEIRO BATISTA SIMPLICIO

UMA LEITURA DA ADPF 144 À LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA

BRASÍLIA

2011

ELAINE CARNEIRO BATISTA SIMPLICIO

UMA LEITURA DA ADPF 144 À LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Christine Oliveira Peter da
Silva

BRASÍLIA

2011

ELAINE CARNEIRO BATISTA SIMPLICIO

UMA LEITURA DA ADPF 144 À LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Christine Oliveira Peter da
Silva

BRASÍLIA, 14 de outubro de 2011

Banca Examinadora

Prof.^a M.^a Christine Oliveira Peter da Silva
Orientadora

Prof. Me. Fabrício Juliano Mendes Medeiros
Examinador

Prof. Dr. Luis Carlos Martins Alves Jr
Examinador

A todos que acreditam que a Justiça é possível
e que um olhar novo é bem-vindo.

Àqueles que lutam para realizar seus ideais e
sonhos e assim contribuem para uma
sociedade melhor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu filho, aos meus pais e aos meus irmãos: o amor por vocês me deu força para seguir em frente.

Aos amigos que me apoiaram ao longo do curso, especialmente à Fernanda.

À minha orientadora, Prof.^a Christine Peter, pela doçura e pela dedicação incansável.

Aos mestres, especialmente André Vinicius de Almeida, Cristina Zackseski, Marcus Bastos, Paulo Lima e Renato Ramos, que deram um toque ainda mais especial à minha graduação.

Aos amigos e colegas de curso, com quem troquei valiosos conhecimentos e experiências.

RESUMO

SIMPLICIO, Elaine Carneiro Batista. *Uma leitura da ADPF 144 à luz da Lei da Ficha Limpa*. 2011. 108 f. Monografia de graduação do curso Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, outubro de 2011.

Trabalho monográfico direcionado para a análise da controvérsia acerca da possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência face aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo. A importância desse estudo se justifica especialmente em razão do momento histórico por que passa a sociedade brasileira, que espera efetividade do Estado no combate à corrupção. A pesquisa baseou-se sobretudo na obra do Paulo Bonavides a respeito da democracia participativa e na teoria do Luiz Alberto Warat sobre os mitos dogmáticos. Consiste o trabalho num estudo de caso sobre a apreciação do problema jurídico pela Corte Suprema na ADPF 144/2008 e a realidade trazida pela Lei da Ficha Limpa. A análise se dá dentro de uma perspectiva histórico-filosófica a respeito da passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e as conseqüências daí decorrentes, dentre as quais aqui se destacam o império da concretização dos direitos fundamentais, a democracia participativa e o pluralismo jurídico. Permite também um olhar crítico sobre os mitos dogmáticos decorrentes da reprodução de valores e práticas no universo jurídico. A pesquisa revelou que a Lei da Ficha Limpa representa um forte exemplo de democracia participativa nas sociedades contemporâneas. Permitiu, também, ver que o direito deve acompanhar a evolução da sociedade de modo a dar respostas efetivas às suas necessidades. Para tanto, impera um olhar crítico que permita ver o caráter dinâmico dos fenômenos políticos e jurídicos. Nesse sentido se dá o questionamento da “absolutização” ao princípio da presunção de inocência, o que não põe em xeque a importância desse postulado, mas procura descobrir se, no presente momento histórico, cabe a ideia de tê-lo como um corolário juridicamente inquestionável, tendo em vista o reconhecimento de que a aplicação de um instituto jurídico pode variar conforme o momento histórico. A realidade da sociedade hodierna, aberta e pluralista, reforça a necessidade de uma nova cultura jurídica, o que exige o desapego a dogmas absolutos, tornando possível a abertura a novos entendimentos. Ficou evidenciado que o crescimento da participação popular ao longo da história causou reflexos sobre os universos jurídico e político, sendo que o povo, nessa nova realidade, passa a exercer influência, direta ou indiretamente, enquanto poder político. A ampliação da base democrática do poder revela-se especialmente importante em contextos de crise de legitimidade das instituições representativas, o que faz emergir iniciativas por parte da sociedade. Nessa questão fica evidenciada a importância que o Poder Judiciário exerce, posto que terá o desafio de conciliar a aspiração por ética na política com as garantias individuais. No atual contexto, impera o reconhecimento de que a dimensão diacrônica do direito deve se revelar não somente na sua formação, como também na sua aplicação. A pesquisa, ao fim e ao cabo, permite ver que o direito não é estático, apolítico, a-histórico, tampouco construído sem a participação da sociedade. Caberá ao STF, assim, responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente, ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Presunção de inocência. Probidade administrativa. Democracia participativa. Pluralismo jurídico. Concretização dos direitos fundamentais. Mitos dogmáticos. Perspectiva diacrônica do direito.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. DO ESTADO DE DIREITO CLÁSSICO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 O ESTADO DE DIREITO CLÁSSICO	12
1.1.1 <i>Contexto do surgimento e ideias inspiradoras do modelo</i>	12
1.1.2 <i>O uso do direito como ideologia: o ideal burguês positivista</i>	14
1.1.3 <i>Os mitos dogmáticos no universo jurídico</i>	19
1.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
1.2.1 <i>O embrião do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais</i>	23
1.2.2 <i>O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais</i>	27
1.2.3 <i>O direito sob a perspectiva diacrônica</i>	29
2. A DEMOCRACIA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	34
2.1 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	34
2.2 NOVOS ARES TRAZIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	39
2.3 PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DO POVO BRASILEIRO.....	43
3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO COMBATE À CORRUPÇÃO	49
3.1 CORRUPÇÃO: ENTRAVE À CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	49
3.1.1 <i>O dever-ser da representação política</i>	49
3.1.2 <i>A atuação dos representantes e a tendência a abusos</i>	51
3.1.3 <i>Os custos sociais da corrupção</i>	55
3.2 REAÇÃO DA SOCIEDADE: O CONTROLE DO PODER PELO PODER	58
4. UMA LEITURA DA ADPF 144 À LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA	65
4.1 O SURGIMENTO DA LEI DA FICHA LIMPA	65
4.2 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DA FICHA LIMPA.....	67
4.3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E DA ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL: BREVES LINHAS. 70	
4.4 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA CONTROVÉRSIA EM TORNO DA LEI DA FICHA LIMPA.....	73
4.5 A ADPF 144 E A LEI DA FICHA LIMPA	74
4.6 VIDA OU MORTE À LEI DA FICHA LIMPA?	82
4.6.1 <i>Mitos e evolução do sistema jurídico</i>	83
4.6.2 <i>Pluralismo jurídico e Democracia</i>	86
4.6.3 <i>Regime da Lei da Ficha Limpa</i>	90
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

A Lei da Ficha Limpa trouxe a possibilidade de o candidato condenado por órgão colegiado tornar-se inelegível, ainda que a decisão seja passível de recurso. Com isso, a norma não exigiu, como até então se via, o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Desse modo, a nova legislação de inelegibilidades inovou ao prever, de forma expressa, a mitigação do princípio da presunção de inocência face aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo.

Essa inovação legislativa tem gerado grandes debates na sociedade como um todo, com destaque ao universo jurídico. Há defensores e críticos ferrenhos às duas possibilidades de posicionamento.

Para os que defendem a Lei da Ficha Limpa, o próprio princípio democrático exige uma tutela ao direito que os indivíduos têm de dispor de representantes que estejam a serviço dos maiores interesses da coletividade.

Por outro lado, as críticas à nova legislação de inelegibilidades pautam-se na sua inconstitucionalidade, por consistir numa afronta ao postulado da presunção de inocência, direito fundamental do indivíduo assegurado no Texto Magno.

O presente trabalho monográfico buscou pensar essa controvérsia dentro de uma perspectiva histórico-filosófica, aplicando tais reflexões no cotejo entre a apreciação do tema pela Corte Suprema na ADPF 144/2008 e a realidade trazida pela Lei da Ficha Limpa.

A análise da passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, e as consequências daí advindas, dentre as quais aqui se destacam o império da concretização dos direitos fundamentais, a democracia participativa e o pluralismo jurídico, conduziram a pesquisa em duas vertentes.

De início, buscou-se demonstrar o crescimento da participação da sociedade ao longo da história e o reflexo sobre os universos jurídico e político. Nesse sentido, utilizou-se a teoria de Paulo Bonavides sobre a emergência do chamado “Estado Constitucional da Democracia Participativa”.

Dentro da outra vertente, utilizou-se a obra do Luiz Alberto Warat sobre os mitos dogmáticos decorrentes da reprodução de valores e práticas no universo jurídico, o que demanda um olhar crítico, especialmente ao se considerar o fato de que tais dogmas absolutos podem desempenhar importantes funções ideológicas.

A pesquisa procurou estabelecer um diálogo entre as teorias a respeito da democracia participativa e do pluralismo jurídico, notadamente a partir das lições de Paulo Bonavides, Peter Häberle e Antônio Carlos Wolkmer, com a obra do Luiz Alberto Warat sobre os mitos que surgem no universo jurídico a partir da reiterada reprodução de valores e práticas pela cultura jurídica dominante.

Buscou-se discutir a incidência dessas teorias no caso da controvérsia em torno da Lei da Ficha Limpa, onde se vê, de um lado, a defesa dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, o que esbarra no princípio da presunção de inocência, um dos corolários advindos do Estado de Direito Clássico.

O presente trabalho, ao analisar a possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência face aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, não pretende pôr em xeque a importância do postulado da presunção de inocência, fruto das conquistas oitocentistas, mas questionar se, no presente momento histórico, cabe a ideia de tê-lo como um corolário juridicamente inquestionável.

Assim, pergunta-se se não poderia o princípio da presunção de inocência ceder em favor de outros princípios constitucionais, tais como o da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

Esse questionamento foi lançado inicialmente por organizações da sociedade civil, tais como movimentos e associações, e foi depois chancelado pelo legislador por meio da Lei da Ficha Limpa, permanecendo ainda a mesma pergunta, uma vez que a nova legislação de inelegibilidades passará pelo crivo da Corte Suprema.

A importância desse estudo se justifica especialmente em razão do momento histórico por que passa a sociedade brasileira, que espera efetividade do Estado no combate à corrupção. O crivo da Lei da Ficha Limpa pelo Supremo Tribunal Federal repercutirá em todos os rincões do país e será marcado por grande expectativa em virtude da peculiar

participação da sociedade no advento da Lei. Trata-se de um período de conflitos e de sinal de mudança paradigmática, que merece ser acompanhado de perto pelo profissional do direito.

O trabalho consiste numa pesquisa de cunho teórico que envolve as perspectivas analítica, empírica e crítico-normativa do direito. Para realizar o estudo de caso dentro da perspectiva histórico-filosófica, utilizou-se as técnicas de levantamento, bibliográfica e documental.

O primeiro capítulo abordará a passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, analisando o contexto do surgimento e as principais ideias dos dois modelos. Revelará que, não obstante as virtudes do primeiro modelo de Estado, suas insuficiências geraram descontentamentos e lutas que levaram o caminhar da história político-jurídica ocidental para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais. Demonstrará que tal mudança paradigmática deve-se, em grande medida, ao reconhecimento da relação entre direito e ideologia, para o que se faz necessário um olhar crítico que permita ver o caráter dinâmico dos fenômenos políticos e jurídicos.

O segundo capítulo explorará o conceito da democracia participativa na sociedade contemporânea, para o que se fará a análise da relação entre sociedade civil e Estado nos contextos do Estado de Direito Clássico e do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais. Demonstrará o conceito do elemento povo dentro da realidade da democracia participativa e a influência que exerce, direta ou indiretamente, enquanto poder político. Analisará, ainda, o trilhar da realidade brasileira nesse sentido, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988. Abordará, por fim, a ampliação da base democrática do poder num contexto de crise de legitimidade por que passam as instituições representativas, o que faz emergir iniciativas por parte da sociedade, tais como a “Campanha Ficha Limpa”, que deu origem à Lei da Ficha Limpa.

O terceiro capítulo volta-se para o estudo da participação popular no combate à corrupção. Inicialmente faz um cotejo entre o dever-ser da representação política, eventuais atuações abusivas dos representantes e as consequências daí advindas. Demonstra os impactos da corrupção para a sociedade e para o próprio sistema democrático, ressaltando a necessidade de meios para ter-se garantido o efetivo controle da atuação dos representantes, bem como da conduta daqueles que pretendem assumir mandato eletivo. Analisa a questão do controle por parte do corpo social mediante manifestações de poder que emergem da

sociedade civil, sobretudo em caso de “choque” entre o que o representado demanda e o que representante realiza, aplicando tal análise no contexto da Lei da Ficha Limpa.

No quarto capítulo será feita uma abordagem da Lei da Ficha Limpa propriamente dita, do contexto do seu surgimento e do seu conteúdo. Será explorada a controvérsia em torno da Nova Lei a partir da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF 144, verificando a pertinência dos argumentos ali utilizados no novo cenário legislativo. Por fim, será feito um paralelo entre uma possível “absolutização” do princípio da presunção de inocência pela cultura jurídica dominante e o reconhecimento de que a aplicação dos institutos jurídicos pode variar no decorrer da história, o que conduz a um pensar sobre a cultura jurídica no contexto das sociedades contemporâneas, com destaque à atuação do Poder Judiciário.

O presente estudo de caso tem como foco a análise sobre a apreciação de um problema jurídico pela Corte Suprema em dois momentos históricos: antes e depois da Lei da Ficha Limpa.

A discussão travada na ADPF 144 mostra que foi levada à mais alta corte do país um caso de grande importância, sendo que, naquele momento, o fato de não haver uma lei que tipificasse os casos de inelegibilidade em virtude da vida pregressa do candidato foi determinante para o resultado da ADPF 144.

Com o advento da nova legislação de inelegibilidades, essa questão deverá ser novamente enfrentada. Será preciso verificar se o dispositivo da Lei da Ficha Limpa que permite a restrição da capacidade eleitoral passiva com base em condenação por órgão colegiado não transitada em julgado merece lugar no sistema constitucional vigente.

Trata-se de um grande desafio, posto que ocorrerá diante de um novo cenário, o de uma sociedade fortemente mobilizada em prol do combate à corrupção, sociedade esta que deu origem à própria lei que estará sob julgamento. Assim, caberá ao STF responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente, ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

1. DO ESTADO DE DIREITO CLÁSSICO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 O Estado de Direito Clássico

1.1.1 Contexto do surgimento e ideias inspiradoras do modelo

É sabido que a passagem do estado da natureza para o de sociedade civil resulta de um pacto ou convenção: os indivíduos abrem mão de parcela de sua liberdade em troca da garantia de paz e segurança por parte da organização dos poderes públicos, o que veio depois a ser chamada de Estado.¹

A partir das revoluções burguesas cria-se o conceito de Estado moderno, que consiste na fórmula encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna foi, portanto, a defesa dos proprietários contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.²

A primeira modalidade de Estado Constitucional corresponde, assim, ao chamado Estado liberal e configurava o antigo e clássico Estado de Direito da primeira época do constitucionalismo. Nessa fase havia um compromisso inquebrantável com a liberdade, com os direitos civis e políticos, que formam a grande camada dos direitos fundamentais de primeira dimensão: tratam-se das liberdades clássicas.³ Bobbio lembra que o Estado mínimo, a luta burguesa, pretendia libertar o homem da opressão do soberano, o que foi determinante para que houvesse a libertação do monopólio do poder ideológico, quando emergiu direitos de liberdade de crença e de opinião, por exemplo.⁴

O constitucionalismo moderno, nessa esteira, representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos, reflexo dos questionamentos, vistos sobretudo a partir de meados do século XVIII, aos planos político, filosófico e jurídico do

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, P. 87.

² Idem. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 63-64.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p 43.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p 131.

tradicional esquema político absolutista, cujos alicerces encontravam-se na existência de direitos estamentais perante o monarca. A constituição moderna, assim, consubstancia-se num “documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.⁵

Bobbio bem ressalta que com a mudança do enfoque no tratamento dos problemas políticos diversos, antes visto do ponto de vista dos governantes (*ex parte principis*) e posteriormente da perspectiva dos governados (*ex parte populi*), na reflexão política, pelo menos a partir da revolução francesa, houve uma reviravolta no tocante à ideia de mudança: considerada até então como um mal, começa a adquirir um valor positivo.⁶

Tal visão decorre da mudança de foco experimentada no início da idade moderna, quando os problemas do Estado eram tratados do ponto de vista dos governantes, ficando a sociedade política até então vista de baixo, e passa a ser tratado do ponto de vista dos governados, ou seja, o foco passa a ser dado aos interesses dos destinatários dos benefícios que justificam a existência da instituição Estado.⁷

Não se pode olvidar que o Estado burguês foi a primeira organização política da história capaz de controlar efetivamente o poder dos governantes, não só em decorrência ao princípio da soberania popular, mas principalmente pelos mecanismos da divisão de poderes e da proteção judicial dos direitos individuais.⁸ Outro grande legado da modernidade consiste em ter criado a categoria do direito do gênero humano. A partir de então, a titularidade do direito não é restringida a determinadas pessoas ou grupos privilegiados, mas é reconhecida como um atributo básico inerente a todos os homens, por razão do seu nascimento.⁹

Não obstante o espírito de mudança que gerou o Estado de Direito moderno, sabe-se que este foi organizado, precipuamente, para garantir a segurança contra o inimigo externo, a paz civil e os direitos individuais. Assim, o Estado liberal assumiu, desde o seu nascimento, um feitio marcadamente estático e conservador: não se pedia aos poderes

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-52.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 63-65.

⁷ Ibidem, p. 63-65.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 96.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 47.

públicos, nem deles se esperava, que construíssem uma nova sociedade ou modificassem, ainda que minimamente, a sociedade existente. Exigia-se-lhes, apenas, que protegessem as liberdades individuais e mantivessem a ordem pública.¹⁰

Uma análise aos valores que compuseram o lema revolucionário republicano de 1789, não nos dispensa, portanto, de buscar, por trás de uma aparência sedutora, a compreensão mais profunda de uma realidade histórico-política complexa.¹¹

Com efeito, consoante sustenta Bonavides, “a crítica das ideologias descobriu cedo as insuficiências do Estado liberal, sobretudo suas omissões, numa sociedade que permanecia tão injusta ou mais injusta que a sociedade do passado”.¹² Essa descoberta foi importante para que, ao lado dos direitos individuais, se conhecesse os chamados direitos sociais, não havendo que se falar, a partir dessa nova visão, em impedimentos à ação estatal, mas, pelo contrário, na essencialidade de sua atuação à dignidade humana.¹³

1.1.2 O uso do direito como ideologia: o ideal burguês positivista

Todo sistema político é fundado numa certa visão do mundo, consistente em um conjunto de crenças e valores sociais, que forma a opinião pública dominante. Para a compreensão da lógica interna do sistema é, pois, indispensável descobrir os princípios ideológicos que o enformam, os quais nem sempre estão expostos no raciocínio legal, mas existem antes como premissas implícitas.¹⁴

É força, aprioristicamente, uma análise do que seja ideologia. Dentre os múltiplos usos do termo, cumpre delinear dois tipos gerais de significado: os significados positivo e negativo de ideologia.

A ideologia em seu sentido positivo consiste numa concepção do mundo, do homem e da sociedade, na medida em que contém elementos ideais que respondem a interesses de um grupo social, em determinado momento histórico. Ela, nesse sentido, orienta a conduta dos homens na sociedade e, de certa forma, legitima a ordem social pela atuação

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 93.

¹¹ *Ibidem*, p.45.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 322.

¹³ COMPARATO, op. cit., p.98.

¹⁴ *Ibidem*, p.84.

dos grupos interessados, os quais dispõem dos mecanismos de controle social, entre os quais o direito.¹⁵

Em seu sentido negativo, a ideologia é entendida como falsa consciência das relações de domínio. É a ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro. Diz respeito ainda a ideias erradas, incompletas, distorcidas, bem como a dissimulações sobre fatos ou sobre a realidade social.¹⁶

A utilização do sentido negativo de ideologia revela a importância de uma consciência crítica capaz de distinguir o nível das aparências da realidade subjacente que produz as diversas formas ou manifestações reais.¹⁷

Avulta, a partir de tal reflexão, evidenciar que a relação entre direito e poder é merecedora do mais atento exame. A partir do reconhecimento de uma conexão indissolúvel entre direito e poder, observa-se que o poder estatal cria o direito e o impõe, ao passo que o direito fundamenta, limita e legitima o poder estatal.¹⁸ A relação direito-poder remete à análise do uso daquele a serviço deste, ou seja, o uso do direito como ideologia pelas forças políticas.

Dentro dessa ideia, convém explorar os meandros da formação e desenvolvimento do Estado moderno no que diz respeito à forte adesão a alguns conceitos advindos da doutrina positivista, decorrente da utilização, pelo poder estabelecido a partir das revoluções burguesas, da Teoria Pura do Direito elaborada por Hans Kelsen.

Essa constatação revela uma manipulação da dita teoria por parte do grupo que alcançou o poder de modo a nele permanecer. De fato, a fim de neutralizar o fantasma do absolutismo, a emergente burguesia utilizou-se da concepção positivista do direito para legitimar as suas ideias.¹⁹

O método juspositivista, que dominou o contexto europeu após a vitória da burguesia revolucionária, foi marcado pelo formalismo jurídico e pelo ideal da neutralidade

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. 1984. Disponível em: <<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>>. Acesso em 16/4/2011, p. 3.

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

¹⁷ Ibidem, p. 113.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, op. cit., p.81.

¹⁹ COELHO, op. cit., p.3.

ideológica do direito. Vale dizer que essa concepção do Estado de Direito denotou um Estado de mera legalidade.²⁰

Nas teorias precedentes ao positivismo jurídico o poder devia estar sustentado numa justificação ética para poder durar, sendo a legitimidade, portanto, necessária à efetividade. A partir dessa nova vertente jurídica, apenas o poder efetivo é legítimo, ou seja, o direito é apenas o direito posto pelas autoridades delegadas para este fim pelo próprio ordenamento. Com isso privilegia-se não critérios axiológicos, mas o processo real de legitimação num dado contexto histórico.²¹

A pureza, princípio metodológico fundamental do positivismo, exclui do conhecimento rigorosamente jurídico todos os elementos estranhos. Ter-se-ia, então, uma ciência absolutamente neutra, descomprometida com o poder, a religião e a ideologia. Ficavam excluídos da ciência do direito temas como a ética do Estado e do direito, a dimensão axiológica do poder e do controle social, o sentido crítico-social e político da filosofia do direito. A juridicidade seria identificada com a norma abstrata, esquema a priori da definição da conduta que deve ser.²²

Para a Teoria Pura do Direito, não importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito, posto que se trata da ciência jurídica e não política do direito.²³ Com efeito, o enunciado de que a estrutura normativa carrega dentro de si mesma seu princípio legitimador, independentemente de quaisquer conteúdos éticos, foi utilizada como um poderoso instrumento legitimador de qualquer ordem jurídica, ainda que injusta e repugnante.²⁴

Talvez seja esse o aspecto que mais tenha atraído a crítica dos opositores da Teoria Pura do Direito. Sustentam os críticos que o ideal da neutralidade ideológica mostra-se por si só contrário à natureza do direito em sua manifestação histórica, o que o revela como o mais seguro indicador de uma ideologia.²⁵ A ideologia do positivismo, erigido como “doutrina oficial de uma burguesia que, na França, era a vitoriosa de uma revolução, na

²⁰ PÉREZ LUÑO, op. cit., p.82.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 92-93.

²² COELHO, op. cit., 11-12.

²³ Ibidem, p. 10.

²⁴ Ibidem, p. 5.

²⁵ Ibidem, p. 2.

Inglaterra, a aliada de uma nobreza decadente, e, na Alemanha, a protagonista de uma capitulação aos interesses do império”.²⁶

A tentativa da depuração ideológica do direito decorre da natural necessidade de auto-legitimação dessa ideologia jurídica subjacente. Ora, naquele momento, quando a ordem burguesa se impunha em virtude de sua revolução, a crítica deveria cessar, pois, caso contrário, “não seria possível a ordem e o progresso, no mundo que era o melhor dos mundos, onde reinava a liberdade, a igualdade e a fraternidade”.

Em suma, a burguesia vencedora de sua revolução, que construíra um mundo de acordo com seus ideais de liberdade e igualdade, deveria assegurar a continuidade de sua ordem social e para isso impunha-se a sua legitimação ideológica; e tal como o iluminismo, no século anterior, prestava-se a legitimar os mesmos ideais mediante o reinado da razão, a luz interior que não se subordinaria a nenhuma ordem heterônoma, o positivismo agora o fazia como algo que correspondia ao reinado da ciência e da filosofia positiva. E para isso o espírito reivindicatório e de crítica social do velho iluminismo constituía obstáculo; a crítica racionalista já cumprira seu papel no iluminismo e precisava ser anulada.²⁷

Bem ilustra isso a passagem de Bonavides sobre a subsunção da legitimidade à legalidade como uma forma de obstar o questionamento aos valores estabelecidos:

O Estado liberal sempre patrocinou uma compreensão fundamentalmente estática da Constituição, talvez baseada na crença de que a solução do problema da liberdade fora alcançada com as revoluções do liberalismo, não havendo, por conseguinte, razão para se questionar a legitimidade dos valores estabelecidos. Tal concepção foi fruto da eliminação dos pressupostos ideológicos e socioeconômicos, indispensáveis ao entendimento dos próprios conteúdos constitucionais, e se deu mediante a subsunção integral da legitimidade à legalidade.²⁸

Vê-se, com isso, o novo papel que o positivismo reservava à filosofia em substituição ao papel de crítica social do iluminismo. Em outras palavras, se a grande contribuição do racionalismo e do iluminismo fora a filosofia política, consubstanciada nas grandes concepções do Estado e do direito, eis agora o pensamento europeu submerso numa filosofia apolítica, escrava da ciência neutra.²⁹

²⁶ COELHO, op. cit., p. 3.

²⁷ Ibidem, p. 12-13.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 331.

²⁹ COELHO, op. cit., p. 14.

Substituiu-se o ideal da crítica social iluminista pela neutralidade ideológica. Sendo esta o princípio basilar da ciência do direito, marcada pelo tom apolítico e a-histórico, serviu para legitimar o ideal da nova sociedade burguesa, da absoluta alienação do jurista em face da problemática social, econômica e política. A ideologia da Teoria Pura revela, assim, o conformismo positivista com a ordem imanente.³⁰

Vale dizer, a partir do exposto nas linhas precedentes, que uma ciência jurídica a-histórica e apolítica é pura ilusão. Esse ideal por si só já é ideológico. Uma avaliação histórico-filosófica impera, sobretudo, na temática a que se propõe o presente tópico de análise: a utilização da Teoria Pura enquanto ideologia legitimadora do poder no contexto da realidade subjacente às revoluções burguesas, realidade do Estado de Direito Clássico.³¹

É preciso ressaltar, entretanto, que a revelação dos pressupostos ideológicos decorrentes do princípio da neutralidade ideológica não pretende negar ou desmerecer o pensamento kelseniano. Denota, antes, a sua consideração sob um ponto de vista crítico³².

É crucial esclarecer que, embora Hans Kelsen tenha sido um filósofo do direito a serviço do poder, o que ele visava era a absoluta neutralidade científica da ciência do direito, revelando as bases do saber jurídico que pudesse ser considerado científico, o que exigia, no seu entendimento, a neutralidade do operador do direito.³³

Fato é que o próprio Kelsen, ao fugir do regime nazista que o perseguia por ser judeu, foi constrangido a reconhecer que o direito nazista era válido e legítimo, eis que dimanava da mesma norma fundamental, constituição primeira, hipotética e formal.³⁴ Isso o fez confirmar que a redução do direito ao esquema formal da imputação não era a simples descrição neutra do fenômeno jurídico, mas sua elaboração ideológica, uma vez que serviu a propósitos ideológicos, conforme a realidade do regime nazista lhe demonstrava.³⁵

Há que se reconhecer, assim, que a obra kelseniana não é de maneira nenhuma intencional no sentido de ser uma obra a serviço do nazismo. Há quem suscite essa possibilidade, talvez por desconhecer a origem judaica de Kelsen:

³⁰ COELHO, op. cit., p. 15.

³¹ Ibidem, p. 5.

³² Ibidem, p. 16.

³³ Ibidem, p. 6.

³⁴ Ibidem, p. 5.

³⁵ Ibidem, p. 9.

Kelsen por certo não imaginava que suas ideias serviriam como foros de cientificidade à alienação do jurista, cujo papel, naquele momento histórico, era o de afastar-se, enquanto jurista, da problemática social, política e econômica. Imperava o ater-se ao cumprimento da lei, ainda que injusta, posto que válida e legítima. E é evidente que, quanto menos gente imiscuir-se na discussão dos aspectos éticos do exercício do poder, tanto melhor para os seus detentores.³⁶

Feita essa ressalva quanto à obra de Hans Kelsen, cumpre analisar a interpretação que dela fez o saber jurídico acumulado. Ver-se-á que tais interpretações podem gerar mitos no seio do universo jurídico-político, o que será abordado a seguir.

1.1.3 Os mitos dogmáticos no universo jurídico

A análise do uso do direito com fins ideológicos revela que o monopólio jurídico do Estado Moderno mantém determinados mitos dogmáticos que desempenham importantes funções ideológicas, tais como a supremacia e a sabedoria da lei, a harmonização das relações sociais, a neutralidade e a objetividade da ciência jurídica e a completude do ordenamento legal.³⁷

Nas atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas, os juristas encontram-se fortemente influenciados por muitas representações, imagens, preconceitos, crenças, ficções, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Nessa seara surgem os mitos, que são uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso, sendo, assim, um processo construtor de imagens fundadas num modelo de discurso idealmente construído.³⁸

Os mitos podem consistir em categorias viciadas pela falta de historicidade que forçam uma acumulação natural de significações. Os diferentes discursos do saber jurídico podem ser assumidos como um mito de consolidação dos valores normativos e sociais predominantes. Daí também a possibilidade de pensar-se o mito como uma técnica de controle social.³⁹

³⁶ COELHO, op. cit., p. 6.

³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

³⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

³⁹ Ibidem, p. 108

O mito simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e idealiza a história. Organiza-se, com isso, um mundo sem contradição porque o dado novo é aceitado na medida em que se reconhece o universo das crenças já aceitas.⁴⁰

Ademais, o mito retira das coisas sua dimensão real e humana, esvaziando o real da sua história. Por intermédio do mito pretende-se que o receptor visualize sempre uma situação de normalidade decorrente da natureza das coisas. Politiza-se, roubando o caráter político de toda fala sobre o mundo.⁴¹

Não se pode perder de vista que os fatos extranormativos, históricos, são determinantes nos âmbitos significativos do direito. No sentido oposto, toda cristalização de uma imagem pura e transcendente que não permita resolver o existente a partir de um projeto autônomo de crítica às estruturas do comportamento individual e social também é um mito.⁴²

Essa esteira de análise exige a compreensão do sentido da expressão “senso comum teórico dos juristas”. O senso comum teórico representa um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas dominantes.⁴³ O senso comum teórico se erige num código dominante dos significados jurídicos, cumprindo, assim, diversos papéis: prescritivo, já que pode ser visto como parte do próprio direito positivo, político, decisório e, inclusive, retórico.⁴⁴

Com isso os construtores das significações jurídicas, tais como os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas e os professores das escolas de direito, forjam uma realidade imaginária, colocada na perspectiva do senso comum, que faz prevalecer como naturais. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica.⁴⁵

Convém trazer a lume que a Teoria Pura do Direito exerceu, e continua a exercer, forte influência sobre a cultura jurídica dominante. Dentre as ideias mais

⁴⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 111.

⁴¹ Ibidem, p. 111.

⁴² Ibidem, p. 106.

⁴³ Idem. O senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 20.

⁴⁴ Ibidem, p. 24.

⁴⁵ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 120

significativas do positivismo jurídico, conforme visto, merece destaque os princípios da pureza metodológica e da neutralidade ideológica.⁴⁶

O princípio da pureza metodológica do pensamento kelseniano foi absorvido pelo senso comum teórico dos juristas e acabou por fundar uma teoria jurídica apolítica e descompromissada, legitimadora da ordem jurídica.

Para Warat, ao se acreditar na existência de um conhecimento neutro se está tacitamente afirmando a impossibilidade de seu questionamento e construindo um lugar retórico importante. Isso demonstra a necessidade de um estudo das funções políticas e sociais do direito positivo, com o questionamento do princípio da pureza metódica, que induz à separação do direito da sua função na sociedade.⁴⁷

A partir dessa realidade surgiram alternativas de superação das insuficiências do postulado da pureza metódica, considerado o seu alcance ideológico.

Pode-se aqui destacar o princípio da “heteronímia significativa”, que reivindica a incorporação dos fatores excluídos pelo princípio da pureza metodológica como condições necessariamente presentes na fórmula de significação para as normas jurídicas. Evidencia, ao mesmo tempo, o caráter institucional, social, político e ideológico da produção dos sentidos jurídicos, para os quais concorre uma pluralidade de centros produtores.⁴⁸

Reconhece-se, assim, que os processos de produção dos sentidos das normas jurídicas envolve conexões que se apóiam no senso comum teórico dos juristas e também nas condições materiais da vida social.⁴⁹

No tocante à neutralidade ideológica, destaca-se a dicção de Perez Luño que, ao falar do despotismo legal, que consiste na utilização de categorias jurídicas e políticas revertidas de força legitimadora com o objetivo de fazer valer interesses ideológicos, traz na sua análise os ensinamentos da teoria do *labeling approach*, fruto da doutrina norteamericana.⁵⁰

⁴⁶ WARAT, Luiz Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983, p. 124.

⁴⁷ Ibidem, p. 122.

⁴⁸ Ibidem, p. 120.

⁴⁹ Ibidem, p. 120.

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, op. cit., p.88-89.

Para essa vertente de pensamento, o direito positivado, bem como a sua aplicação, decorre de um processo de atribuição por parte daqueles que detêm o poder para tanto. Assim, a juridicidade ou antijuridicidade, a licitude ou ilicitude, a validade ou invalidade dos atos jurídicos oscilam conforme o processo de etiquetamento levado a cabo por determinadas instâncias de controle social ou estatal.⁵¹

Essa tese mostra-se mais adequada para demonstrar que as mudanças na linguagem normativa ou nas categorias da linguagem dos juristas⁵² podem obedecer a mudanças políticas, sociais ou culturais, bem como podem ser produto de preferências casuais ou arbitrárias, sendo que, neste caso, muitas vezes são indevidamente contornadas.⁵³

É necessário ressaltar a importância das análises do direito para o entendimento sobre a tentativa do modelo positivista em produzir uma linguagem semântica e sintaticamente purificada.⁵⁴

Com efeito, o avanço das concepções jusfilosóficas positivistas revela o caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídicos. A interpretação feita pelo saber jurídico acumulado sobre a obra de Kelsen gerou a imagem de uma ciência jurídica alheia às funções da lei na sociedade, sobretudo em função do apego aos conceitos de pureza metodológico e neutralidade ideológica do intérprete.

Convém destacar que uma estrutura reflete sempre um mundo que, se for reiterativo, não deixa lugar para que se pense que outras estruturas possam mostrá-lo de forma diferente. Por outro lado, a reiteração contribui para definir a estrutura e as mensagens a que ela se presta.⁵⁵

Essa realidade revela a necessidade de uma análise da relação entre as enunciações jurídicas e as práticas políticas e ideológicas da sociedade. Cabe, assim, uma tarefa de desmistificação, de denúncia do valor persuasivo dos discursos do direito.⁵⁶

⁵¹ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 60.

⁵² O presente trabalho não pretende abordar pormenorizadamente as teorias sobre a linguagem. Para uma maior compreensão a respeito das linguagens jurídicas e do poder do discurso jurídico, ver WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

⁵³ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 60.

⁵⁴ WARAT, op. cit., p. 99.

⁵⁵ Idem. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 109.

⁵⁶ Idem. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 100.

Passagem de Bobbio revela a importância do exercício da crítica racional como meio de revelação das ideologias. Isso se mostra inarredável ao papel do operador do direito, sobretudo em matérias de importância vital para a sociedade.

A partir do reconhecimento de que a ideologia é, via de regra, inconsciente, tem-se que uma das tarefas da atual filosofia, bem como das ciências sociais em geral, é revelá-la, torná-la consciente, a fim de que se possa construir uma instância crítica, voltada para o homem e para a sociedade.⁵⁷

Nesse tocante importa ressaltar a exigência de interdisciplinariedade dos estudos jurídicos, que decorre daquela imanente ao social e ao político, como bem salienta Coelho:

Por ora, pode-se procurar extrair alguns corolários desse enfoque da objetividade, como sejam, a exigência de *interdisciplinariedade* dos estudos jurídicos, em função mesmo da interdisciplinariedade do social e do político, e o sentido *de participação* do jurista, seja qual for o plano em que se o encare, como profissional ou jurisconsulto, por exemplo, na construção do direito, isto é, a participação do jurista no fenômeno que estuda, descreve e cria; daí a emergência de novas lógicas — um dos temas mais palpitantes da atual filosofia jurídica — que extravasam de muito a lógica analítica do direito, de que Hans Kelsen foi um dos fundadores. Daí também o comprometimento do jurista em face da ordem social, política e econômica, eis que o jurista não pode e não deve abster-se de suas responsabilidades históricas.⁵⁸

(grifo no original)

Nesse sentido se deu o caminhar da história político-jurídica ocidental que, insatisfeita com as insuficiências do Estado de Direito Clássico, fez emergir o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.

1.2 O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

1.2.1 O embrião do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

Não obstante as virtudes advindas do Estado de Direito Clássico, uma análise cuidadosa das deficiências deste modelo deve ser levada a efeito. Estas foram verificadas no decorrer da história, sobretudo a partir das lutas que desembocaram nas bases do constitucionalismo contemporâneo. A normatividade dos direitos fundamentais e o

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 4.

⁵⁸ COELHO, op. cit., p. 17.

consequente império de sua concretização provocaram a derrocada do ideal positivista do século XIX, que gerava a mera igualdade formal perante a lei.

Conforme se verá nas linhas seguintes, para fazer frente ao formalismo estático que ocasionou esse estado de mera igualdade formal entre os indivíduos, tem-se o reconhecimento da dimensão diacrônica do direito⁵⁹ voltada para a efetiva concretização dos direitos fundamentais e marcada pela busca por uma igualdade material.

Para tanto, impera a superação do ideal da neutralidade ideológica do direito, da radical separação entre o “ser” e o “dever-ser”, bem como a subsunção da legitimidade à legalidade.⁶⁰

A separação entre o ser e o dever-ser não permitia uma adequada compreensão do fundamento real e histórico das normas e instituições, o que possibilitou a formação de uma sociedade cujo sistema político e jurídico refletia uma mera igualdade formal.⁶¹

Em crítica ao formalismo jurídico próprio da doutrina positivista clássica, Luño já revela como alternativa os preceitos do Estado Constitucional:

El método positivista próprio del Estado de derecho, em aras de um marcado formalismo jurídico, expulso de la teoría del Estado a la política y a la ética por ser “acientíficas”. Frente a la concepción del Estado de derecho como Estado de mera legalidad formal, el Estado Constitucional reclama una actitud metódica capaz de “coordinar aspectos que sin ella quedarían inconexos: la comprensión profundizada de las instituciones jurídicas estatales y sus fundamentos de legitimidad”.⁶²

Necessário novamente trazer a lume a impossibilidade de separação entre direito e política. Essa constatação foi demonstrada sobretudo pela emergência do marxismo e das grandes correntes do pensamento sociológico. Tais vertentes de pensamento provocaram a derrocada de postulados tradicionais sobre os quais se edificava o que poderia ser entendido como ciência política e ciência do direito.⁶³

⁵⁹ A diacronia diz respeito ao caráter dos fenômenos ou fatos estudados do ponto de vista da sua evolução no tempo, ao contrário da sincronia, que está ligada à consideração de um conjunto de fatos ou fenômenos num dado período. Aquela denota um caráter dinâmico; esta, um caráter estático. (Conceito disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=diacronia>. Acesso em: 15 set 2011.)

⁶⁰ PÉREZ LUÑO, op. cit., p.88.

⁶¹ Ibidem, p. 82.

⁶² Ibidem, p.82.

⁶³ COELHO, op. cit., p. 8.

A teoria do constitucionalismo foi elaborada na Europa Ocidental às vésperas de uma grande mutação de técnicas e valores engendrada pela Revolução Industrial, da qual emergiu as revoluções do século XIX que deram vazão à concepção social do Estado. Quando os paradigmas da Constituição dos Estados Unidos e da primeira Constituição francesa assentaram as bases no novo direito público, surgiam já os primeiros sintomas de transformação radical da vida em sociedade.⁶⁴

Os socialismos diversos pregavam que era tecnicamente possível e eticamente exigível a implementação de mudanças que coadunassem com o grande ideal de igualdade de todos os homens em todos os planos. Faltava apenas completar essa evolução com a transformação correspondente das instituições jurídicas: urgia em grande parcela da sociedade o clamor pela superação da igualdade abstrata e formal que o direito oferecia por meio do ideal positivista de liberdade.⁶⁵

A transformação do Estado contemporâneo acarretou a mudança do eixo central das atividades estatais. Os objetivos ou resultados a serem alcançados pelas políticas do Estado passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não só consistia na conservação preconizada por Locke, Montesquieu e Rousseau, mas na transformação da sociedade.⁶⁶

Não é demais lembrar que, a partir da Constituição Mexicana de 1917 reconhece-se, ao lado das liberdades individuais proclamadas no movimento de independência nos Estados Unidos e das declarações revolucionárias francesas do século XVIII, o dever jurídico de se garantirem, a todos, condições econômicas e sociais de uma vida digna, ao que está ligado o conceito material de Constituição.⁶⁷

Na discussão entre os conceitos de Constituição formal e material, segundo Bonavides as decepções com aquela fizeram a crítica descobrir a força desta. A Constituição formal é entendida como a dos textos e das folhas de papel. Sua concepção material, por seu turno, encontra-se assentada sobre o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais que estruturam a nação. Dotada de dinâmica própria, a Constituição material molda as instituições

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148.

⁶⁵ Ibidem, p. 148.

⁶⁶ Idem. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 151.

⁶⁷ Ibidem, p. 16.

e guia a sociedade para determinados fins, só captáveis à luz de investigações sociológicas profundas.⁶⁸

A insurgência do proletariado frente aos ideais do liberalismo mostrou que já não bastava o “Estado de Direito”, mas fazia-se necessário o “Estado Social de Direito”. Isso porque constatou-se a fragilidade dos direitos liberais quando o homem, a favor do qual de proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias tais como alimentação, vestimenta, moradia ou condições dignas de saúde.⁶⁹

Embora nessa fase de reação tenha-se privilegiado a afirmação dos direitos sociais em menosprezo das liberdades clássicas, não se pode desconsiderar as virtudes destas. Justifica-se tal postura pelo momento histórico, no qual se pretendia libertar o homem da opressão econômica mediante a negativa da ideologia burguesa, assim como a burguesia o fez quando da luta para libertação do absolutismo.⁷⁰

A força normativa da Constituição ganhou evidência sobretudo após os horrores cometidos nas duas grandes guerras, sem que tenha havido violação às leis vigentes à época. A partir da valorização dos princípios e da sua incorporação nos textos constitucionais, criou-se um ambiente de reaproximação entre Direito e Ética, com a presença de valores jurídicos suprapositivos, “no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.⁷¹

Nesse contexto se delineia o novo Estado Constitucional como alternativa ao Estado de Direito Clássico. Enquanto este se baseia em alicerces de inspiração individualista e burguesa, aquele é profundamente marcado por preocupações distintas. Estas se voltam especialmente para a concepção de justiça, uma vez que a liberdade já havia sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais. A justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção. Com isso, o binômio justiça/liberdade torna-se o pedestal do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.⁷²

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 321.

⁶⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004, p. 48.

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 151.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2004. *Revista Buscalegis* [on line]. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31274/30571>>. Acesso em: 18/9/2010, p. 5.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

1.2.2 O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

Em meados da década de 70 do século XX alguns constitucionalistas alemães, dentre eles Peter Häberle, trataram mais acuradamente das terminologias Estado de Direito e Estado Constitucional, embora esta já tivesse sido utilizada no século XIX.⁷³

A fórmula Estado Constitucional consubstancia uma expressão das transformações atuais dos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos e foi concebida para dar conta dos novos rumos do constitucionalismo. É considerada, assim, uma alternativa ao Estado de Direito Clássico e a mais adequada à sociedade contemporânea, tida como aberta e pluralista.⁷⁴

Häberle, um dos grandes teóricos do Estado Constitucional, entende este como um arquétipo jurídico-político em que os poderes públicos encontram-se formados e limitados pelo direito através de princípios constitucionais formais e materiais. Trata-se de uma forma de Estado em que existe uma legitimação democrática e um controle pluralista do poder político e também dos poderes sociais. Para o teórico é o tipo ideal de Estado próprio da sociedade aberta.⁷⁵

No tocante ao conceito de sociedade aberta, este decorre da ampliação do raio de interpretação normativa, assim, graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. Com isso, a interpretação jurídica apenas traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.⁷⁶

A fim de fazer frente ao formalismo caracterizador do Estado de Direito Clássico, Häberle sustenta que no Estado Constitucional a Constituição não se resume a um conjunto de normas. Ela é também expressão e reflexo do estado de desenvolvimento cultural de um determinado povo, o fundamento de suas aspirações e projetos futuros. Trata-se da

⁷³ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 58.

⁷⁴ Ibidem, p. 59.

⁷⁵ Ibidem, p. 82-83.

⁷⁶ HÄBERLE, op. cit., p. 42-43.

dimensão cultural das Constituições, entendidas como algo vivo, em uma realidade formada em grande parte pelos intérpretes da Constituição da sociedade aberta:

Las Constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por tanto, son vehículos idôneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales y soluciones jurídico-políticas. De ahí, la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales en cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado Constitucional.⁷⁷

A Constituição real, dessa maneira, é condicionante da Constituição formal. Dentro do seu contexto está um poder constituinte material ou real, mais eficaz, mais político e social, embora menos jurídico, que não está nos parlamentos, senão na sociedade mesma. Nessa seara encontra-se o poder difuso ao qual se refere Bobbio⁷⁸, que, segundo Bonavides⁷⁹, se radica nas forças mais atuantes e poderosas da sociedade, onde se escreve a Constituição aberta com a normatividade dos fatos.

Fala-se em crise do Estado, a qual está relacionada à crescente complexidade e à consequente ingovernabilidade das sociedades complexas. Deve-se em grande medida ao fenômeno do poder difuso, cada vez mais difícil de ser reconduzido à unidade decisional que caracterizou o Estado do seu nascimento até os dias atuais. Entretanto, não há que se falar em fim do Estado, mas na existência de um novo “contrato social” para dar vida a uma nova forma de Estado, “nem capitalista ou Estado de injustiça, nem socialista ou Estado de não-liberdade”.⁸⁰

De fato a história de ampliação de direitos revela a cada vez mais crescente necessidade de participação dos cidadãos, o que é considerado um novo contrato social, ou um pacto constitucional. A nova realidade, advinda na terceira geração de direitos, revela a exigência de um consenso básico entre os cidadãos e os poderes públicos sobre os assuntos fundamentais para definir o sistema constitucional.⁸¹ Para Bonavides, já se pode vislumbrar uma quarta geração de direitos fundamentais, com a qual se vê uma terceira modalidade de Estado Constitucional: o Estado Constitucional da Democracia Participativa.⁸²

⁷⁷ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 83.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 126.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 323.

⁸⁰ BOBBIO, op. cit., p. 126.

⁸¹ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 98.

⁸² BONAVIDES, op. cit., p. 51.

A idéia de participação popular nas funções públicas é uma superação da velha dicotomia Estado-sociedade civil, típica da filosofia política do século XIX e uma herança do constitucionalismo clássico. Volta-se de certa maneira ao sentido de liberdade política dos antigos, uma vez que se reconhece que a verdadeira liberdade consiste, efetivamente, na participação nos mecanismos de poder. Mas a novidade é que essa participação não se limita a setores mais privilegiados do tecido social, mas abarca todas as áreas de poder.⁸³

Importa registrar as teses a favor de existência de dois conceitos de liberdade, uma dentro da perspectiva do Estado de Direito Clássico, e outra no contexto do Estado democrático no Estado Constitucional. Na primeira concepção, a liberdade é vista no sentido negativo, ou seja, uma liberdade de defesa ou distanciamento perante o Estado. Trata-se do anseio liberal por uma liberdade que “curve” o poder. No âmbito do Estado Constitucional, ter-se-ia a liberdade dentro de um aspecto positivo, isto é, aquela assentada no exercício democrático do poder, de modo a legitimar este. No questionamento sobre a existência dos “dois corações políticos”, quais sejam, a vontade do povo e o *rule of law*, Canotilho destaca a importância de racionalizar este “balanceamento do coração”.⁸⁴

Embora existam autores mais radicais que postulem pela oposição entre o Estado de Direito Clássico e o Estado Constitucional, a tese majoritária defende um nexo de continuidade entre primeiro e o segundo, ou seja, o Estado Constitucional reflete uma trajetória evolutiva do Estado de Direito Clássico, culmina o processo de desenvolvimento deste. Desse modo, entende-se que o “Estado constitucional de direito” não anula, mas aperfeiçoa o “Estado legal de direito”.⁸⁵

1.2.3 O direito sob a perspectiva diacrônica

O Estado Constitucional parte do pressuposto de que o direito se desenvolve dialeticamente na medida em que são percebidos defeitos no direito existente. Assim, em aberta oposição ao fundamento universalista, abstrato e a-histórico do Estado de Direito

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 126.

⁸⁴ CANOTILHO, op. cit., p.99.

⁸⁵ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 93-94.

Clássico, o Estado Constitucional concebe um processo inacabado que se manifesta na história.⁸⁶

O direito e sua ciência, como todo conhecimento e a própria vida humana, estão sujeitos a um contínuo esforço, a um trabalho constante de adaptação, transformação e reintegração.⁸⁷ Dessa maneira, os princípios do direito, implícitos na natureza humana como vocação ideal, se afirmaram e ainda se afirmam historicamente.⁸⁸

O direito acompanha sempre, e necessariamente, o ascender do espírito, como a sua decadência, nas suas manifestações sociais. Todas as aspirações, todas as concepções, todas as paixões humanas enquanto dotadas de certa consistência histórica, traduziram-se na forma do direito.⁸⁹ Ao se considerar que a matéria regulada pelo direito corresponde à vida humana, chega-se à conclusão que os modos de vida e, portanto, as modalidades do direito, são infinitas.⁹⁰

Bobbio sustenta que, para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica por natureza, estando o caráter estático no despotismo, que é sempre igual a si mesmo.⁹¹

Nesse sentido tem-se que a história dos direitos humanos pode ser tida a um só tempo como paradigma e como progresso constante. A concepção geracional dos direitos humanos, os conhecidos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, implica reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será uma obra fechada e acabada. As novas gerações integram as anteriores, posto que as completam e corrigem seus erros. Assim, uma sociedade livre e democrática deve sempre mostrar-se sensível e aberta à aparição de novas necessidades que fundamentem novos direitos.⁹²

Isso pode ser especialmente verificado por meio da análise das gerações de direitos, o que revela que o modelo de Estado decorre da realidade política e cultural sobre a qual este se edifica. É preciso ter em conta que as distintas formas de Estado de Direito –

⁸⁶ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 80.

⁸⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 47.

⁸⁸ Ibidem, p. 42.

⁸⁹ Ibidem, p. 19.

⁹⁰ Ibidem, p. 18.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p.19.

⁹² PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 96.

liberal, social ou constitucional (em seu novo significado), não são somente resultado de elaborações doutrinárias, tampouco de meras transformações operadas nos textos normativos, mas, antes, são uma resposta histórica a determinados problemas e demandas da sociedade política.⁹³

Essa dimensão diacrônica dos sistemas normativos constitui um estímulo à pregação do caráter plural e aberto das normas. Nessa esteira, cabe registrar as palavras de Luño:

Es cierto que en Estado Constitucional el pluralismo y la apertura de fuentes formales y materiales del derecho há erosionado la concepción cerrada y estática de la primacía de la ley propia del Estado de derecho decimonónico, y que la primacía de la Constitución no puede concebirse como la mera reproducción de esas mismas notas.⁹⁴

A partir da perspectiva do Estado Constitucional, Häberle propõe uma revalorização dos princípios como fonte do direito, em alternativa à redução de todo o direito à lei. Trata-se, portanto, de uma concepção que, em aberta polêmica aos postulados básicos do positivismo jurídico, encontra-se baseada em princípios que podem transcender o direito positivo.⁹⁵

Com efeito, a ideia de que as regras, e sua aplicação mediante subsunção, embora essenciais para a aplicação do direito, já não se mostrava suficiente para solucionar alguns temas complexos. A partir dessa constatação garantiu-se crescente força aos princípios constitucionais, como forma de superar as limitações da interpretação jurídica convencional.⁹⁶

Reconhece-se, assim, uma virtude manifesta dos princípios: são, a um só tempo, estabilizadores e transformadores do sistema. Este, graças aos princípios evolui e acomoda as situações sociais e constitucionais problemáticas ou imprevisíveis, cujas crises de vêm absorvidas ou solvidas sem a necessidade de reformas traumáticas ou revolucionárias.⁹⁷

Um constitucionalismo de normas designadas como principiológicas tem o condão de levar a efeito um Estado Constitucional da Democracia Participativa. É aquele Estado onde se busca concretizar, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/nação,

⁹³ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 97.

⁹⁴ Ibidem p. 91.

⁹⁵ Ibidem, p. 84.

⁹⁶ BARROSO, op. cit., p. 5.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58.

concretamente dimensionadas, os direitos da justiça. Isso porque parte-se da premissa de que os mais altos princípios radicam na vontade do Povo e da Nação, sendo tal vontade, uma vez traduzida na Constituição, a fonte de legitimidade dos governos. A soberania do Estado, aqui, não seria outra senão “a soberania da Constituição, a forma mais avançada, ilustrativa, fiel e legítima da vontade popular expressa na Lei das Leis”.⁹⁸

Assim, o edifício político, no curso da evolução histórica, deve se tornar constantemente mais funcional e adequado à satisfação das cambiantes necessidades humanas. Para tanto, a política não basta, mas a construção institucional do poder, sendo que a sua principal técnica é a ciência jurídica. Trata-se, aqui, de adaptar a estrutura do Estado herdada do constitucionalismo clássico às novas exigências de ação pública suscitadas pelas sociedades contemporâneas.⁹⁹

Dessa maneira, em lugar das certezas modernas, um outro quadro se instaura, indícios e características da mudança paradigmática, procurando-se acentuar a importância da revitalização de valores perdidos durante a modernidade como modo de aquietação de diversas questões candentes no plano da justiça social.¹⁰⁰

Vera de Andrade defende a necessidade de ser superada a visão da existência de categorias jurídicas estáticas, pelo reconhecimento de que se trata de processos sociais dinâmicos que trazem em seu bojo uma dimensão fundamentalmente política, sendo necessário, portanto, analisá-los historicamente.¹⁰¹ Nem os direitos nem as obrigações juridicamente estabelecidos são dados definitivos, mas construções históricas dinâmicas. Trata-se de movimentos que reconhecem ampliações ou restrições históricas, de maior ou menor amplitude.¹⁰²

Merece aqui ser retomada a demonstração histórico-filosófica do uso do direito como ideologia, o que aniquila o ideal oitocentista da neutralidade ideológica do direito e põe em relevo a necessidade de controle do poder pelo poder, o que inclui a vigilância do discurso jurídico e das suas funções político-ideológicas.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51; 53.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 122.

¹⁰⁰ BITTAR, Eduardo C. B.. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 178.

¹⁰¹ DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 47.

¹⁰² Ibidem, p. 50.

O império desse controle fica ainda mais delineado a partir do ideal da democracia participativa reavivada no contexto do Estado Constitucional contemporâneo. Destaca-se, assim, a importância da participação popular, que, conforme historicamente demonstrada, acaba por influenciar o universo jurídico-político e, consoante será demonstrado, contribuir para o desenvolvimento da democracia.

2. A DEMOCRACIA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

2.1 Democracia participativa

A democracia nos tempos atuais está intimamente relacionada ao princípio da mais larga participação social. Bobbio em sua “definição mínima de democracia” defende que regime democrático deve ser entendido primariamente como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.¹⁰³

As relações entre a organização política e a sociedade, ou as diversas finalidades que o poder político organizado perseguia nas diversas épocas históricas e nas diversas sociedades, são determinantes moldes da formação do sistema político.¹⁰⁴

A história jurídico-política das sociedades, notadamente as ditas ocidentais, revela um trilhar em direção à democracia participativa. Passadas as fases do Estado, primeiramente liberal, depois social e por fim social-democrático, e o reconhecimento da primazia e concretude dos direitos fundamentais, verifica-se uma forte tendência a uma sociedade cada vez mais participativa, com cidadãos atuantes frente às decisões da nação. Essa realidade participativa é consequência das conquistas angariadas no decorrer do tempo, da crescente complexidade da sociedade pluralista.

É que, uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política encontra-se incluída numa esfera muito mais ampla, a que diz respeito à sociedade em seu conjunto. Dessa maneira, não há que se falar em decisão política que não esteja condicionada ou até mesmo determinada pelo que acontece na sociedade civil.¹⁰⁵

Para melhor compreender o crescimento da participação social nas decisões políticas é necessária uma análise acerca das relações entre a sociedade civil e o Estado.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 22.

¹⁰⁴ Idem. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 113.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 156.

Bobbio conceitua sociedade civil como o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos que as instituições estatais têm o dever de resolver. Compõem a sociedade civil os grupos, movimentos, associações, as organizações de classe etc. A sociedade civil ocupa o espaço reservado à formação das demandas que se dirigem ao sistema político e às quais este tem o dever de responder.¹⁰⁶

Em sua análise histórica acerca da relação entre sociedade civil e Estado, Bobbio destaca que a visão oriunda da sociedade burguesa revela uma contraposição entre sociedade e Estado ao estabelecer a diferença entre os que cuidam da riqueza das nações e os que cuidam das instituições políticas, consubstanciando um processo de emancipação da sociedade do Estado.¹⁰⁷

Comparato reforça que sobre essa dicotomia fundou-se a aliança histórica do capitalismo com o Estado Liberal:

Nessa concepção dicotômica o povo é reduzido a uma massa de indivíduos, cada qual dividido numa dupla posição, de homem, enquanto componente da sociedade civil, e de cidadão, isto é, membro da sociedade política. Ambas as funções denotam a passividade do indivíduo: no primeiro caso verifica-se a sua impotência perante o poder econômico; no segundo, a impotência no exercício da parcela individual da soberania popular que teoricamente lhe cabe.¹⁰⁸

Bobbio lembra que na realidade decorrente do Estado de direito como Estado social questionou-se a necessidade dessa distinção sociedade/Estado. A partir daí delineou-se uma reapropriação da sociedade pelo Estado, decorrente sobretudo da invasão estatal no âmbito das regulações econômicas. Paralelo a esse processo de “estatalização da sociedade” ocorreu uma “socialização do Estado”. Esta advém do desenvolvimento de diversas formas de participação política, do crescimento das organizações de massa que exercem direta ou indiretamente algum poder político. A expressão Estado social, assim, segundo Bobbio, envolve um duplo sentido: o Estado que permeou a sociedade mas também foi permeado por ela.¹⁰⁹

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 35-36.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 33; 51.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 554.

¹⁰⁹ BOBBIO, op. cit., p. 33; 51.

Um olhar atento sobre a ideia da contraposição entre sociedade e Estado revela que ambos estão longe de se concluírem, sendo necessário reconhecer que essa convivência dialética existe e é necessária ao fortalecimento da democracia. Para que a efetiva participação da sociedade ganhasse força com vistas à concretização dos valores máximos da nação, foi necessária a superação da dicotomia Estado-sociedade civil preconizada no Estado de direito clássico oitocentista.

A partir da análise prévia sobre democracia participativa, passa-se a uma avaliação a respeito do elemento povo dentro dessa nova realidade trazida pelas sociedades contemporâneas.

Povo, nesse cenário da sociedade aberta, é tido como uma grandeza pluralística: pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades – decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidades políticas.¹¹⁰ Dessa maneira, conforme sustenta Häberle, uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a organização política da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, mas integrá-las ativamente como sujeito de direitos.¹¹¹

Canotilho, na mesma esteira, defende a superação a visão restritiva do que venha a ser o povo:

(...) povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até o fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de cidadãos proprietários como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes. O povo concebe-se em povo em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum.”

O conceito de povo político não se reconduz à ideia de povo ativo no sentido de minorias ativistas autoproclamadas em representantes do povo e agindo por “consentimento tácito” deste (concepção “realista” de povo). O povo plural também não se identifica como o “corpo eleitoral” ou o “povo participante nos sufrágios” tal como é definido pelas leis (designadamente leis eleitorais) e pela constituição. Este conceito acabado de referir – conceito normativo de povo – parte da ideia de que “o povo não pode decidir

¹¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 75.

¹¹¹ HÄBERLE, op. cit., p. 33.

sobre ‘coisas políticas’ enquanto não se disser juridicamente quem é povo”. O povo seria, assim, heterodefinido, por uma norma jurídica ou por uma decisão exterior a ele mesmo. Confunde-se, deste modo, o povo com os “titulares” de direito de sufrágio ou com “eleitores”, sendo certo que na grandeza pluralística de povo cabem outros elementos individuais não enquadráveis no povo eleitor. (...) Em conclusão: só o povo real – concebido como comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si “contratualizam”, “pactum” e consentem o modo de governo da cidade -, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.¹¹²

Assim, a participação implica a realização mais concreta da soberania popular. O povo não é soberano apenas periodicamente, quando os cidadãos se deslocam para manifestar o seu voto, mas também quando atuam efetivamente enquanto verdadeira instância decisória. O povo, com isso, passa da concepção abstrata e metafísica reveladora de puro simbolismo a uma instância concreta e material das supremas decisões coletivas da Nação. Mostra-se como ente político organizado e autodeterminativo.¹¹³

No mesmo sentido, Comparato explica que a vontade geral de Rousseau, que constitui a “expressão verdadeira do querer coletivo”, não é obtida por cômputo numérico, quantidade de votos, mas à sua qualidade, ou seja, decorre da homogeneidade de conteúdo ou objeto das diversas manifestações de vontade.¹¹⁴

Corroborando a ideia de que a atuação do povo deve ir além do exercício do voto a assertiva de que o próprio processo de escolha dos candidatos pelos partidos nem sempre é o mais criterioso. Apesar da liberdade de escolha, as opções oferecidas à população grande parte das vezes não são satisfatórias.¹¹⁵

Essa constatação remete às palavras de Pedro Demo:

O homem político é aquele que tem consciência histórica. Sabe dos problemas e busca soluções. Não aceita ser objeto e quer comandar seu próprio destino. É ator, não expectador; criativo, não produto. É aquele que se organiza para preservar seus direitos e institui as regras do jogo para retirar a selvageria do poder.¹¹⁶

¹¹² CANOTILHO, op. cit., p. 75-76.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 65.

¹¹⁵ RESENDE, Ênio J. *Cidadania: o remédio para as doenças culturais brasileiras*. São Paulo: Summus, 1992, p. 28.

¹¹⁶ DEMO, Pedro. *Pobreza política – Polêmicas de nosso tempo*. São Paulo: Editora Autores Associados, 1996, p. 17-18.

Sustenta ainda Pedro Demo que, do lado diametralmente oposto, se tem a sociedade politicamente pobre. Aquela sociedade debilmente organizada, que não passa de massa de manobra, e que, por isso, não consegue construir representatividade legítima satisfatória em seus processos eleitorais. É conduzida por líderes excessivamente carismáticos ou centralizadores. É eivada de serviço público marcado pela burocratização, pelo privilégio e pela corrupção.¹¹⁷

É politicamente pobre o cidadão que reclama, mas não se organiza para reagir, não se associa para reivindicar, não se congrega para influir. O traço mais profundo da pobreza política de um povo é a falta de organização da sociedade civil. A organização política consubstancia o primeiro canal de participação, por meio do qual a sociedade organizada constitui-se como povo consciente e capaz de conquistar espaço próprio.¹¹⁸

A idéia de participação do povo no exercício das funções tradicionalmente deferidas pelo Estado denota uma transformação da soberania popular de assentimento passivo a verdadeiro poder criador e transformador. Funda-se no princípio de que o *público*, no sentido romano de *comum*, não pode ser objeto de apropriação nem mesmo pelos titulares do poder político.¹¹⁹

Vê-se então caracterizado o ingresso das massas no drama político como sendo o advento do “homem situado”, do homem concreto, em oposição às abstrações do século XVIII. Há que se considerar, ainda, a formação de uma personalidade coletiva, distinta, embora inseparável, das personalidades individuais. A sua manutenção constitui uma condição indispensável ao equilíbrio social.¹²⁰

Há um discurso de que o homem-massa é despido de espírito crítico, pronto a agitar-se sem pensar. Não se pode, contudo, generalizar tal discurso, embora se reconheça que a massa pode ser objeto de grandes manipulações.¹²¹

Um notável exemplo de participação qualitativa da sociedade civil organizada, no contexto brasileiro, se viu no caso da “Campanha Ficha Limpa”, cujas

¹¹⁷ DEMO, Pedro. *Pobreza política* – Polêmicas de nosso tempo. São Paulo: Editora Autores Associados, 1996, p. 22-23.

¹¹⁸ Ibidem, p. 24-25.

¹¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 133.

¹²⁰ Ibidem, p. 186.

¹²¹ Ibidem, p. 187.

mobilizações foram encabeçadas pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), o qual é composto por diversas e renomadas entidades associativas espalhadas por todo o país que militam em prol da ética na política, da transparência e do combate à corrupção.¹²²

2.2 Novos ares trazidos pela Constituição Federal de 1988

Conforme visto no capítulo precedente, a passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos direitos fundamentais levou à derrocada do direito estático e consolidou o chamado direito dinâmico, aquele que busca dar respostas efetivas à complexidade da sociedade contemporânea, aberta e pluralista.

Ficou evidenciada, também, a importância da participação da sociedade nos processos de amadurecimento do direito. O alargamento dessa participação nos processos jurídicos e políticos, o efetivo exercício da cidadania, contribui para o aperfeiçoamento do regime democrático, para uma aproximação da igualdade material e para a realização da justiça.

Com efeito, viu-se que a história da cidadania é de certa forma a própria história dos direitos humanos: a história das lutas para a afirmação de valores éticos como a igualdade, a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a justiça.¹²³

Canotilho lembra que para entender o Direito Constitucional é preciso, antes, atentar aos problemas jurídico-políticos aos quais o movimento constitucional procura dar resposta.¹²⁴ Isso demonstra a necessidade de o estudo a partir de uma perspectiva diacrônica, haja vista que a Lei Fundamental de um país é antes de tudo uma carta política, na qual são postos os mais relevantes interesses da sociedade.

A Constituição Brasileira de 1988 foi elaborada e promulgada num período de grande discussão, entre os filósofos políticos, filósofos do direito e constitucionalistas, sobre qual seria a estrutura normativa mais adequada ao ideal de uma sociedade justa no mundo contemporâneo. Constatada a inequívoca necessidade de promoção da igualdade

¹²² Para conhecer mais a respeito do MCCE, acessar <http://www.mcce.org.br/>.

¹²³ HERKENHOFF, op. cit., p. 35.

¹²⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 51.

material, foi chamada para o centro das discussões a recuperação da ética, da dignidade humana, bem como das questões de justiça distributiva e do bem comum.¹²⁵

O atual constitucionalismo brasileiro foi fortemente influenciado por autores norte-americanos, alemães, portugueses e espanhóis. Uma parcela significativa dos constitucionalistas brasileiros, contrária à cultura positivista e privatista, participou ativamente do processo constituinte brasileiro nos anos 80. Trata-se dos constitucionalistas “comunitários”, que procuraram contribuir com a elaboração de uma Constituição adequada à conformação de uma sociedade justa no país.¹²⁶

A partir do debate sobre as relações entre ética, direito e política, a luta contra o positivismo buscou dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira. A essa discussão está ligada à dicotomia da lógica liberal da liberdade diante da lógica democrática da igualdade.¹²⁷

O constitucionalismo comunitário veio para denunciar o perfil do pensamento jurídico brasileiro, marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Percebia-se uma cultura jurídica que privilegiava a tutela dos direitos civis e políticos, em detrimento da implantação dos direitos econômicos e sociais. Havia no modelo em voga, ademais, a defesa de uma concepção menos participativa do que representativa da democracia.¹²⁸

Fazendo frente à cultura jurídica positivista e privatista fortemente presente no país, tais representantes do pensamento constitucional buscavam a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição. O constitucionalismo comunitário, em clara recusa ao constitucionalismo liberal, que é marcado pela defesa do individualismo racional, confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas.¹²⁹

A partir de tal construção, vê-se da letra do Texto Constitucional de 88, que caracteriza o Estado Brasileiro como um Estado democrático de direito, os fundamentos da

¹²⁵ FARIA, José Eduardo. In CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. XXI do prefácio.

¹²⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 3.

¹²⁷ Ibidem, p. 4-5.

¹²⁸ Ibidem, p. 14.

¹²⁹ Ibidem, p. 14-15.

República Federativa do Brasil, dentre os quais se destaca, aqui, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto entra ainda a concepção de constituição-dirigente trazida pelo novo ordenamento constitucional brasileiro, na medida em que define fins e programa de ação futura.¹³⁰ Essa característica é especialmente delineada no bojo do art. 3º da Constituição, que traz consigo os objetivos a serem alcançados no país: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O texto constitucional corrobora a ideia de que a visão clássica de instituições de poder público neutro, num contexto social estático, já não se mostra adequada à nova realidade social. Se o Estado antes era um executor das questões administrativas do cotidiano, hoje ele planeja e implementa políticas a longo prazo com vista ao desenvolvimento do país e a realização da dignidade humana.¹³¹

A intensa participação dos mais diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte foi determinante para a incorporação, no texto constitucional, do amplo sistema de direitos nela assegurados.¹³² Isso foi crucial para os avanços trazidos pela nova Carta, no tocante ao reforço dos direitos sociais e às medidas de participação popular no exercício do poder.¹³³

A partir da Constituição de 88 se adota um regime de democracia participativa, seja pela via representativa, ou pela participação direta do cidadão. A ideia de participação vem mais ligada à participação coletiva organizada que à participação individual. Privilegia-se, com isso, a participação direta da cidadania na formação dos atos de governo por meio dos institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo.¹³⁴

Além disso, a Constituição Cidadã trouxe uma série de institutos que possibilitam a determinados intérpretes informais da constituição a capacidade de deflagrar

¹³⁰ CITTADINO, op. cit., p. 15.

¹³¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 109.

¹³² CITTADINO, op. cit., p. 43.

¹³³ COMPARATO, op. cit., p. 51.

¹³⁴ CITTADINO, op. cit., p. 47-48.

processos de controle, especialmente judiciais, tais como mandado de segurança coletivo, ação popular, mandados de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, sendo estes dois últimos “formas de superar a distância entre o sistema de direitos assegurados pela Constituição e a realidade existente”.¹³⁵

O objetivo da inserção de tais institutos foi justamente o de impedir que o texto constitucional viesse a padecer de uma espécie de “inoperância crônica”, já verificada em Cartas anteriores. Para tanto, houve a necessidade de se criar mecanismos para fazer frente às omissões do poder público, notadamente a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de se ter efetivado o sistema de direitos constitucionais.¹³⁶

Para o constitucionalismo “comunitário”, portanto, o processo de concretização da constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões que viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor da dignidade da pessoa humana.¹³⁷

A partir dessas inovações vê-se concretizada a ideia de Constituição aberta e de abertura constitucional, haja vista que os cidadãos e as associações possuem legitimidade constitucional para deflagrar processos judiciais perante juízes ou tribunais, especialmente para tornar efetivas as normas constitucionais protetoras dos direitos sociais fundamentais, combatendo, com isso, as omissões dos poderes públicos.¹³⁸

(...) não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.¹³⁹

A Constituição brasileira de 1988, nos dizeres de Bonavides, é a primeira do país provida do mais alto teor e grau de axiológico de normatividade. Enquanto carta marcadamente principiológica, consubstancia um grande exemplo do novo direito constitucional contemporâneo, baseando-se sobre a juridicidade dos princípios e direitos fundamentais. Dessa maneira, tais princípios e direitos deixam de ser meras normas

¹³⁵ CITTADINO, op. cit., p. 48-49.

¹³⁶ Ibidem, p. 50-51.

¹³⁷ Ibidem, p. 21.

¹³⁸ Ibidem, p. 59-60.

¹³⁹ Ibidem, p. 19-20.

programáticas, como costumava acontecer no constitucionalismo precedentes, marcado pela igualdade formal e não material perante as normas.¹⁴⁰

Do ponto de vista teórico, no domínio da positividade formal, nenhuma Constituição brasileira foi tão longe em matéria de liberdade, igualdade e justiça. A nova realidade da teoria constitucional contemporânea traz a lume, para além da evolução do texto constitucional, a necessidade da eficácia da Constituição real em sua qualidade positiva de ambiência pluralista e aberta. A Constituição, assim, somente será uma força ativa, um texto de eficácia normativa, um alicerce jurídico de mudança e reforma, se tiver fundamento democrático, se unir forma ao conteúdo, o ser ao dever-ser, para documentar e exprimir então os sentimentos nacionais mais profundos.¹⁴¹

2.3 Participação democrática do povo brasileiro

O Brasil teve um espírito democrático reconhecido fortemente na Constituição Federal de 1988, que trouxe mecanismos de democracia direta - plebiscito, referendo e iniciativa popular, a fim de com a democracia representativa conviver.¹⁴²

O parágrafo único do artigo 1º do Texto Magno deixa inequivocamente clara essa coexistência:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A junção de elementos democráticos representativos e diretos denota o sentido de uma evolução democratizante do sistema, que melhor condiz com o advento da democracia participativa, traço marcante do novo Estado constitucional.¹⁴³

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

¹⁴¹ Ibidem, p. 68; 326; 329.

¹⁴² CITTADINO, op. cit., p. 47.

¹⁴³ BONAVIDES, op. cit., p. 68.

É preciso ter em conta que as conquistas angariadas na Constituição Federal de 1988 são reflexo das lutas que antecederam o momento constituinte, decorrentes do crescimento da participação social nos assuntos mais relevantes do país.¹⁴⁴

Destaca-se a luta do povo pela volta do Estado de Direito, pela redemocratização do país após amargo período de regime ditatorial. Viam-se lutas de inúmeros seguimentos sociais, que reclamavam pela anistia ampla, geral e irrestrita; pela convocação de uma Assembléia Constituinte livre e democrática, com participação popular; por eleições diretas para presidente da República. Esse momento histórico de redemocratização contribuiu decididamente para que crescesse, na consciência nacional, o sentido de cidadania.¹⁴⁵

Esse espírito proporcionou uma forte participação popular no debate e na feitura da Constituição de 88. Permitiu-se a iniciativa das chamadas “emendas populares”, oriundas dos mais expressivos canais de representação da sociedade civil. Sobretudo por meio delas o povo organizado teve peso decisivo na nova Carta Política.¹⁴⁶

Essa participação foi de extrema importância, sobretudo em virtude da predominância das classes conservadoras que formavam o parlamento na época. Mediante a pressão popular, a ala conservadora, mesmo sendo majoritária, foi obrigada a ceder em inúmeras questões. Caminhava-se na construção de um texto que privilegiasse o crescimento da cidadania, a superação das injustiças sociais e a construção de um país melhor.¹⁴⁷

Importa fazer menção também a um outro momento de grande mobilização social no âmbito da sociedade brasileira, o que ocorreu em 1992 e precedeu o “impeachment” do então presidente, que havia sido eleito diretamente pelo povo.¹⁴⁸

Para o crescente e efetivo controle por parte da sociedade civil organizada tem sido determinante os veículos de comunicação. A democratização dos meios de comunicação de massa, sustenta Comparato, representa a condição *sine qua non* do efetivo

¹⁴⁴ HERKENHOFF, op. cit., p. 115.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 115-116; 146.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 134.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 140.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 125-126.

exercício da soberania popular.¹⁴⁹ Sustenta essa ideia com os dizeres de James Madison de que “um governo popular sem informação popular é um prólogo à farsa, à tragédia, ou a ambas as coisas”.^{150 151}

Contribui decisivamente para esse clima participativo as inovações tecnológicas, sobretudo a internet. A essa influência tecnológica Luño dá o nome de “teledemocracia” ou “avanços teledemocráticos”.¹⁵² Dentro da temática deste trabalho cabe salientar a existência de inúmeros exemplos de sítios de internet a serviço do controle do exercício do poder pela sociedade brasileira, tais como <http://www.transparencia.org.br/>, <http://congressoemfoco.uol.com.br/>, <http://www.mcce.org.br/>, <http://www.fichalimpa.org.br/>, <http://www.excelencias.org.br/>.

Essa realidade remete à passagem de Bobbio a respeito da sociedade americana (novo Estado no novo mundo, a democracia representativa norteamericana), marcada pela tendência de que seus membros tinham de se associarem com o objetivo de promover o bem público.¹⁵³

Uma das consequências da ampliação no exercício da cidadania é o crescimento da mobilização social no sentido de propor projetos de lei perante o parlamento. Essa participação não implica em abolição da democracia representativa. Consubstancia, a partir da coexistência de ambas, um reforço democrático do Estado constitucional, a partir da complementaridade daí decorrente. Isso revela, ao fim e ao cabo, um reforço ao “clima participativo democrático do Estado constitucional”, com o conseqüente fortalecimento deste.¹⁵⁴

Essa ampliação da base democrática do poder é de elementar importância, sobretudo quando da presença da crise de legitimidade por que passam as instituições representativas no sistema constitucional vigente.¹⁵⁵ Também corrobora essa ideia a erosão do

¹⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 556.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 556.

¹⁵¹ James Madison foi o quarto Presidente dos Estados Unidos, entre 1809 e 1817, tendo proferido a conhecida frase em um debate constitucional proferido naquele país. (http://pt.wikipedia.org/wiki/James_Madison. Acesso em 13 out 2011)

¹⁵² PÉREZ LUÑO, op. cit, p. 99.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 152.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 98-99.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68.

ordenamento jurídico, decorrente de causas históricas, ideológicas, sociais, econômicas e políticas.¹⁵⁶

Desde que a Constituição de 1988 conferiu aos eleitores o direito de apresentar projetos de lei de iniciativa popular, em quatro oportunidades o Congresso converteu em lei uma proposta apresentada pela sociedade¹⁵⁷. Dentro do presente trabalho importa pôr em relevo o projeto relativo à tipificação da compra de votos, do qual resultou a Lei 9.840, de 28 de setembro de 1999, considerada o grande marco da mobilização popular contra a corrupção eleitoral no país. Mais recentemente houve a aprovação do projeto Ficha Limpa, que deu origem à Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 – Lei da Ficha Limpa, que inseriu na Lei de Inelegibilidades as hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.¹⁵⁸

A primeira legislação, quase 12 anos depois de implementada, tem sido constantemente aplicada pela Justiça Eleitoral nos casos de políticos que cometem fraude eleitoral, o que tem possibilitado um sistema eleitoral mais ético. A Lei da Ficha Limpa trouxe a inelegibilidade do candidato que tenha condenação por órgão colegiado, mesmo que não tenha incidido o trânsito em julgado da decisão.¹⁵⁹

O clima participativo exposto nas linhas precedentes demonstra a evolução da democracia brasileira por meio do concreto exercício da cidadania. Merece destaque aqui o fato de que, nos últimos anos, a sociedade brasileira tem deixado bem claro o seu anseio por ética na política. Tem exigido dos seus representantes o simples cumprimento do dever que

¹⁵⁶ BITTAR, op. cit., p. 227.

¹⁵⁷ Embora sejam tidos como projetos de iniciativa popular por terem sua origem em movimentos sociais, as matérias convertidas em lei precisaram ser “adotadas” por parlamentares ou até pelo próprio presidente da República para conseguirem tramitar no Parlamento. Isso pelo fato de o próprio Legislativo admitir que não dispõe de meios para conferir os mais de 1 milhão de números de títulos de eleitor e assinaturas que a lei exige de um projeto desse tipo. (G1 O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. *Eleições 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 8 dez. 2011.)

De fato, a respeito das leis consideradas como de iniciativa popular, consta no site da Câmara dos Deputados que: a) o projeto que deu origem à Lei 8.072/1990 foi de autoria do Senador Odacir Soares - PFL/RO; b) o projeto que deu origem à Lei 9.840/1999 foi de autoria do Deputado Albérico Cordeiro – PTB/AL; c) o projeto que deu origem à Lei 11.124/2005 foi de autoria do Deputado Nilmário Miranda - PT/MG; d) o projeto que deu origem à Lei Complementar 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, foi de autoria do Poder Executivo. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Consulta de proposições*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 8 dez. 2011.)

¹⁵⁸ G1 O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. *Eleições 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

¹⁵⁹ Ibidem.

lhes cabe, de tal modo que se tenha uma efetiva e constante busca pela concretização dos objetivos fundamentais consignados na Constituição da República.

Tal exigência fica especialmente demonstrada a partir da constante presença, nos mais diversos meios de comunicação, da insatisfação gerada pelos escândalos de corrupção observados no Brasil. Vê-se manifestações em clara repulsa à corrupção e às suas consequências, tais como as marchas contra a corrupção realizadas nos dias 7 de setembro e 12 de outubro de 2011.

Merece destaque a atuação do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), rede composta por diversas organizações não governamentais, que encabeçou as mobilizações precursoras da Lei 9.840, de 1999, conhecida como a Lei de Combate à Corrupção Eleitoral, e da Lei Complementar 135, de 2010, a Lei da Ficha Limpa.

O MCCE está trabalhando atualmente em torno de um novo projeto de iniciativa popular que abarca uma reforma política de maior amplitude. Dentre as propostas do referido projeto estão: criação de temas nacionais para convocação obrigatória de plebiscitos ou referendos - tais como aumento dos salários e benefícios dos parlamentares, ministros de Estado, Presidente da República e dos ministros do Supremo Tribunal Federal; simplificação do processo da Iniciativa Popular e ampliação de matérias que tais iniciativas podem tratar; precedência de votação no legislativo dos projetos de iniciativa popular; reforma do Sistema Eleitoral.¹⁶⁰

Quanto a este último, reforma do Sistema Eleitoral, há, por exemplo, proposta para acabar com a imunidade parlamentar, a não ser exclusivamente no direito de opinião e denúncia; fim do 14º e 15º salários para os parlamentares; recesso parlamentar de um mês, como os demais trabalhadores; fim do foro privilegiado, exceto nos casos em que a apuração refere-se ao estrito exercício do mandato ou do cargo.¹⁶¹

Defende-se, ainda, o financiamento democrático do processo eleitoral, o que considera fundamental para combater a privatização e a mercantilização da política, a corrupção eleitoral, o poder dos grupos econômicos nos processos eleitorais e favorecer a

¹⁶⁰ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *Reforma Política - texto da proposta*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://mcce.org.br/sites/default/files/Proposta_Reforma_Politica.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

¹⁶¹ Ibidem.

participação política de segmentos socialmente excluídos, como mulheres, afro-descendentes, indígenas, LGBT e jovens, entre tantos outros, no acesso à representação política.¹⁶²

A proposta de reforma postula uma maior transparência ao prever, por exemplo, a obrigatoriedade de divulgação na internet de todos os pagamentos efetuados pelos candidatos/partidos de forma detalhada, discriminando valor, data, hora, cidade, Unidade de Federação, CNPJ/CPF, nome/razão social do recebedor, finalidade, valor, nome do responsável pela autorização do gasto e pelo pagamento, recebimento do bem ou serviço.¹⁶³

Iniciativas dessa monta decorrem do crescente descrédito em relação ao comportamento, não raro distante do interesse público, de parlamentares e chefes do Poder Executivo. Em virtude disso, cresce na sociedade civil organizada a demanda pela introdução de instrumentos que possam coibir práticas tidas como escusas, bem como que possibilitem uma maior transparência na atuação dos representantes.¹⁶⁴

¹⁶² MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *Reforma Política - texto da proposta*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://mcce.org.br/sites/default/files/Proposta_Reforma_Politica.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO COMBATE À CORRUPÇÃO

3.1 Corrupção: entrave à concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁶⁵

3.1.1 *O dever-ser da representação política*

A fim de fazer valer os ventos democráticos e de promoção da igualdade material erigidos pela Constituição Cidadã, se faz imprescindível uma adequada atuação dos candidatos eleitos para representar seu povo.

Essa constatação leva necessariamente a um cotejo entre o que se esperava desses representantes, o que eles de fato oferecem e as consequências dessa atuação, seja para o cumprimento dos fins a que se propõe o Estado, seja para o fortalecimento da democracia do país.

O paradigma da democracia representativa veio demonstrar que a única forma não autocrática de governo possível num Estado de larga dimensões geográficas era o governo por representação. Dentro desse contexto, o parlamento veio com a função básica de servir de foro para o exercício da soberania popular por parte dos seus legítimos representantes.¹⁶⁶

Na visão de Locke, o poder político é inerente ao ser humano, no estado de natureza. O ser humano transfere esse poder à sociedade política que o exerce através de dirigentes escolhidos. Esse exercício deve permanecer vinculado ao ser humano, origem e sede do poder delegado. Em consequência dessa delegação, o poder deve ser exercido para bem do corpo político.¹⁶⁷

Sendo o mandato uma delegação de poderes, pertence, em última instância, a quem o concede. Em uma democracia representativa, por definição, o mandato pertence aos

¹⁶⁵ Os objetivos fundamentais estão previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, cf. p. 41 do presente trabalho.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*, 2003, p. 98; 99; 150.

¹⁶⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. SP: Ibrasa, 1963 *apud* HERKENHOFF, op. cit., p. 43.

cidadãos que, a cada eleição, podem reafirmá-lo ou revogá-lo. Presume-se, assim, que os mandatários correspondam às aspirações dos eleitores e lhes prestem contas.¹⁶⁸

Dessa maneira, não pode haver dissociação entre a origem e a finalidade do poder político. Para os antigos, tal dissociação praticamente não se punha, uma vez que o detentor da soberania a exercia ele próprio. A partir do momento em que se mostrou necessária a escolha de alguns para exercerem o poder em nome de todos, ou seja, a instituição do sistema representativo como inevitável para o funcionamento do Estado moderno, houve uma maior necessidade de se verificar a correlação entre o que se espera do representante e o que é efetivamente realizado por ele.¹⁶⁹

Maria Hermínia, ao citar o pensador e político inglês Edmund Burke em seu famoso *Discurso aos eleitores de Bristol*, de 1774,¹⁷⁰ lembra que ao eleger um representante por seu distrito, os eleitores estão escolhendo um parlamentar que não deve abrir mão da sua “opinião imparcial, de seu juízo maduro e da sua consciência ilustrada”. Por trás dessa concepção está a premissa de que a eleição é um procedimento de escolha dos melhores entre todos, que receberão um mandato aberto para decidir entre alternativas de políticas de acordo com sua consciência e seu discernimento.¹⁷¹

No mesmo sentido, o pensamento de James Madison, um dos autores de *Os artigos federalistas*, de 1787. O mecanismo da delegação do governo a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais permite que “as opiniões do povo” sejam “filtradas por uma assembléia seleta de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor à justiça serão menos propensos a sacrificá-lo a considerações temporárias e parciais”. O mandato como autorização ampla seria, assim, a condição da deliberação política livre das injunções de interesses particulares e do espírito de facção.¹⁷²

¹⁶⁸ DE ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Pertencimento do Mandato. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 180.

¹⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 74.

¹⁷⁰ Para conferir na íntegra o discurso de Edmund Burke, cf. MESQUITA JÚNIOR, Geraldo. *Os filósofos da política: iluminismo, a filosofia da ilustração*. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/geraldomesquita/Textos/cursos/UniV_Filosofos%20.pdf>.

Acesso em: 11 out. 2011, p. 61-62.

¹⁷¹ DE ALMEIDA, op. cit., p. 180-182.

¹⁷² MADISON J.; HAMILTON A.; JAY, J. *Os artigos federalistas – 1787 - 1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987, p. 137. *Apud* DE ALMEIDA, op. cit., p. 181.

A respeito do exercício do múnus público por parte dos representantes eleitos, lembra Bonavides:

As formas de governo são muito importantes, mas muito mais importantes são, na realidade, em qualquer sistema ou regime, a competência, o comportamento, a lealdade, a devoção, a ética do homem público, a par do civismo, da participação, da democratização, da ilustração política, da liberdade, da justiça reinante nas esferas sociais – fatores que imprimem fé nos governados e legitimidade nos governantes. Sem isso não se concretizam direitos fundamentais, nem auferem estabilidade as Constituições e os governos.¹⁷³

Observa-se, assim, que a essência do sistema representativo consiste em que os eleitos devem atuar em nome dos interesses dos representados, ou seja, em nome do interesse público. Em que pese essa premissa, atuações apartadas podem ser vistas, o que deve ser observado atentamente a fim de que sejam tomadas providências inibidoras e repressoras de atos escusos, tais como os de corrupção.

3.1.2 A atuação dos representantes e a tendência a abusos

Sustenta Paulo Freire que, qualquer que seja a prática de que o homem participe, não importa de quê, exige que a exerça com responsabilidade. Ser responsável no desenvolvimento de uma prática qualquer implica, de um lado, o cumprimento de deveres, e de outro, o exercício de direitos.¹⁷⁴

Em realística contraposição a esse ideal, Bobbio destaca a máxima segundo a qual quem detém o poder tende a dele abusar. Conclui a partir dessa constatação que o modo democrático de limitação do poder constitui um dos fortes argumentos a favor da democracia. Sustenta Bobbio que “não pode o povo abusar do poder contra si mesmo, ou seja, sendo o legislador e o destinatário da lei a mesma pessoa, o primeiro não pode prevaricar sobre o segundo”.¹⁷⁵

A degeneração de caráter de muitos dos que ascendem à gestão do interesse público revelam a degradação dos padrões ético-jurídicos. A democracia, com isso, tende a

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

¹⁷⁴ FREIRE, Paulo. *Política e educação*. Coleção Questões de Nossa Época, n. 23, 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 44.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 146.

ser deturpada por agentes que pretendem se perpetuar no poder.¹⁷⁶ De fato, o Brasil apresenta sérios obstáculos que colaboram para ser o dogma democrático em grande parte das vezes uma ficção. Embora a Constituição estabeleça que todo o poder emana do povo, nunca faltaram governantes atuando como simples representantes verbais desse ente soberano.¹⁷⁷

Essa realidade é, a cada dia, referendada pelos escândalos de corrupção vistos no país. Vê-se não raro o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, delegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma.¹⁷⁸

A corrupção, assim, se apresenta como um meio de degradação do interesse público em prol da satisfação do interesse privado. O particular muitas vezes aceita a prática corrupta para a satisfação mais célere ou menos custosa do seu interesse privado, ainda que o interesse público acabe por ser prejudicado. Essa ausência de consciência coletiva, com a correlata supremacia do interesse privado sobre o público, é, igualmente, um poderoso elemento de estímulo à corrupção.¹⁷⁹

Muitas vezes o dinheiro público é consumido com atos de motivação fútil e imoral, finalidade dissociada do interesse público e em total afronta à razoabilidade administrativa, havendo flagrante desproporção entre o numerário despendido e o benefício auferido pela coletividade. O administrador, tal qual mandatário, ignora muitas vezes o fato de não ser senhor dos bens que administra, cabendo-lhe, tão somente, praticar os atos de gestão que beneficiem o verdadeiro titular: o povo.¹⁸⁰

Merece aqui especial destaque os desvios comportamentais daqueles que ascenderam ao poder via mandato eletivo. Muitas vezes esses desvios são meros desdobramentos de alianças que precederam a própria investidura do agente. Com isso, os benefícios auferidos pelo agente, que antecederam o próprio exercício da função pública, acarretarão reflexos na atividade finalística a ser por eles posteriormente desempenhada.¹⁸¹

¹⁷⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314.

¹⁷⁸ GARCIA, op. cit., p. 7.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 23.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 3.

¹⁸¹ Ibidem, p. 10; 25.

Nessa senda cumpre lembrar que o êxito nas eleições é, sobretudo, reflexo do poder econômico. É incontestável que eventual imoralidade detectada no financiamento de campanha permite projetar, com reduzidas perspectivas de erro, o comportamento a ser adotado pelo futuro agente público. Daí se vê, por exemplo, indicações para preenchimento de cargos em comissão, contratações de obras e serviços com burla à Lei de Licitações ou liberação de verbas destinadas a projetos de interesse dos financiadores.¹⁸²

Destaca-se ainda os casos de produção normativa direcionada a interesses menos nobres, ou seja, a atividade legislativa voltada a interesse de grupos específicos em detrimento do bem-estar da coletividade. Ademais, não raro são vistas manobras ou omissões por parte das casas legislativas no sentido de delinear leis punitivas de modo a inviabilizar a apuração e a punição dos atos de corrupção anteriormente praticados. Busca-se em última análise assegurar a reduzida operatividade dos organismos de controle e desarticular o sistema punitivo.¹⁸³

O espírito de fisiologismo (troca de favores) e do nepotismo (emprego e vantagens para parentes e amigos) está fortemente arraigado na classe política. Um grande exemplo disso é a ineficiência e desperdício gerado pela nomeação de correligionários e amigos para cargos de direção e gerência dos órgãos públicos, quando deveriam fazê-lo com base em critérios como qualificação e competência.¹⁸⁴

A corrupção tem suas raízes entranhadas na própria colonização do Brasil. O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista fazendo que monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas. Tinham por objetivo comum o lucro desenfreado por meio do esfacelamento das riquezas da colônia, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a esta época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e que sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder.¹⁸⁵

A máxima do tesoureiro de D. João VI, Bento Maria Targini, que passou de barão a visconde, bem ilustra essa destituição de valores éticos verificada mais fortemente a

¹⁸² GARCIA, op. cit., p.11.

¹⁸³ Ibidem, p. 12.

¹⁸⁴ RESENDE, op. cit., p. 54.

¹⁸⁵ GARCIA, op. cit., p.4.

partir da chegada da família real ao Brasil: “quem furta pouco é ladrão / quem furta muito é barão / quem mais furta e esconde passa de barão a visconde”.¹⁸⁶

Rui Barbosa já criticava o partidismo que se fazia presente no Império, considerando-o como uma traição aos sentimentos da coletividade. A indignação de Barbosa devia-se à cobiça dos blocos partidários presentes no parlamento, os quais disputavam as benevolências imperiais. Isso os convertia em dois blocos de *mordomias áulicas*, o que implicava em que a nação não acreditasse em nenhum dos dois partidos. Para esse jurista,

Os partidos que se formam por amizades, por conveniências inconscientes, por influxo de nomes, dependências e combinações individuais não têm razão política de existir, são sindicatos de especulação organizada que destroem a moral pública, e corrompem as instituições.¹⁸⁷

Os condutores da vida partidária do Império eram homens afeiçoados à mesma pequenez que corrompe grande parte da classe política da atualidade. Embora o culto aos interesses materiais, por contingência da época, fossem menores que os vistos na atualidade, em ambos os momentos se vê em considerável parte nos representantes do povo a busca pela satisfação momentânea dos próprios interesses.¹⁸⁸

Com isso, paira sobre o Parlamento um descrédito extremo, identificado como uma “casa de privilégios e apadrinhamentos”. Ademais, verifica-se uma deficiente qualidade política de grande parte dos partidos e dos representantes. Essa realidade acaba por gerar um distanciamento entre representantes e representados.¹⁸⁹

Bobbio revela que o contraste entre a quantidade e qualidade das demandas da sociedade civil e a capacidade de resposta adequada e tempestiva das instituições influencia a governabilidade das sociedades complexas, o que acaba por repercutir na legitimidade, podendo gerar uma crise desta.¹⁹⁰

Os escândalos de corrupção presenciados no país por certo evidenciam a presença do regime de privilégio e personalismo visto desde o império, tanto denunciado por Rui Barbosa. Os intoleráveis índices de corrupção verificados em todas as searas do poder

¹⁸⁶ GARCIA, op. cit., p.4.

¹⁸⁷ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Tomo I. Vol. XVI 1889, p. 224 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 204-206.

¹⁸⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 204-206.

¹⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 54.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 36.

são, dessa maneira, desdobramentos de práticas que remontam a séculos, desde a colonização até os longos períodos ditatoriais pelos quais passou o Brasil.¹⁹¹

Ao defender a superioridade da democracia, Bonavides ressalta que alguns fatores dificultam a instauração de uma ordem democrática firme, definitiva e estável: ausência de educação política; insuficiência e excesso de exclusões em termos de cidadania; o procedimento mesquinho de uma classe política sem grandeza e espírito público. No tocante a este último fator, mesquinhez da classe política, dá destaque ao fato de a imunidade parlamentar, “que é a mais alta e majestosa salvaguarda de independência da palavra e o mais intangível penhor das prerrogativas de que se investe o representante da nação soberana”, ser constantemente transformada em escudo da impunidade, “servindo assim o mandatário de valhacouto a quantos se segregaram do bem comum para ações contrárias ao direito e aos interesses da sociedade”.¹⁹²

Agindo como grupo privado, vários atores políticos se comportam como se a vitória nas eleições significasse a posse da totalidade dos poderes do Estado. A confusão entre a esfera do governo e os domínios do Estado conduz à crença de que a soberania popular, origem das leis em uma democracia, é apenas uma referência ideal, sem correspondência na realidade.¹⁹³

O afastamento de representantes do dever que lhes cabe, de legislar ou governar em nome do povo e para o povo, causa sérios impactos para a sociedade, revelando, assim, os custos sociais da corrupção.

3.1.3 Os custos sociais da corrupção

A corrupção está intrinsecamente ligada ao comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais. A corrupção, assim, gera um elevado custo social.¹⁹⁴

¹⁹¹ GARCIA, op. cit., p.8.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 305.

¹⁹³ BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Estado de Direito. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 84-85.

¹⁹⁴ GARCIA, op. cit., p.25-26.

Comparato aborda o preceito internacional que, baseado na unidade essencial dos direitos humanos, estabelece o direito ao desenvolvimento, direito esse reconhecido como um dos que fazem parte do rol dos direitos humanos de terceira geração. A Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986, mostra uma preocupação com a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento e à completa realização dos seres humanos e dos povos, sendo a corrupção um desses maiores obstáculos.¹⁹⁵

Herkenhoff, ao falar do respeito à dignidade humana, defende que não se trata de uma abstração, mas de algo muito concreto. Para tanto, cita diversos exemplos que devem ser vivenciados na sociedade a fim de que se veja respeitada a dignidade humana, tais como: educação pública de qualidade a todos; sistema de saúde pública humano e eficaz; saneamento básico em todos os rincões do país como um dos mais importantes meios de assegurar a saúde pública; moradia saudável e digna a todos; transporte público rápido e confortável.¹⁹⁶

Em clara contraposição a esse ideal está a realidade decorrente da corrupção. Aqui, o que o Estado oferece ao cidadão chega sem a quantidade ou sem a qualidade devidas. A merenda escolar chega de modo irregular e escasso, a obra é abandonada e esquecida, o asfalto carece da qualidade esperada e necessária, faltam remédios nos postos de saúde, faltam médicos até mesmo para atendimentos básicos de emergência, o ensino da escola pública é de qualidade inferior ou faltam professores. A cruel realidade que decorre da corrupção revela uma infinidade de exemplos.¹⁹⁷

O tópico precedente mostrou que a vontade da Constituição gira em torno do bem-estar e da justiça sociais, da redução das desigualdades, da realização da dignidade humana. Conforme sustenta Paulo Freire, “é preciso que as maiorias trabalhem, comam, durmam sob um teto, tenham saúde e se eduquem. É preciso que as maiorias tenham o direito à esperança para que, operando o presente, tenham futuro”.¹⁹⁸

A corrupção, em essência, atenta contra o próprio sistema democrático, contribuindo para a sedimentação da ideia de que os mandatários do povo, regra geral, são

¹⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

¹⁹⁶ HERKENHOFF, op. cit., p. 225.

¹⁹⁷ DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 24.

¹⁹⁸ FREIRE, op. cit., p. 51.

desonestos. Em um país onde a corrupção encontra-se arraigada, caracterizando-se como verdadeira chaga social, afigura-se sempre oportuna a tentativa de sistematização dos princípios que delineiam o obrar do agente probó.¹⁹⁹

A ética na política, enquanto meio de tutela da probidade administrativa, é essencial para a concretização contínua dos objetivos fundamentais presentes no Texto Magno. A correta atuação dos representantes do povo, o espírito público, assim, constitui premissa para a realização de tais objetivos.

Espera-se desses representantes o cumprimento da Lei Fundamental, que no Brasil estabelece, já em seu preâmbulo, que caberá aos representantes do povo brasileiro instituir um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Trata-se dos grandes princípios fundadores da Constituição.²⁰⁰

Para tanto, o fantasma da corrupção precisa ser afastado. O combate à corrupção está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentam resultados satisfatórios a longo prazo. A esse respeito merece destaque a seguinte passagem:

Deve-se afastar a vetusta concepção de que a coisa pública não é de ninguém, fruto indesejado do perverso ciclo de perpetuação da ignorância popular: povo ignorante não se insurge contra o agente corrupto, o agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concreção da cidadania, o povo fica mais ignorante e dependente daquele que o lesou, sendo incapaz de romper o ciclo.²⁰¹

A ideia dos antigos de que a corrupção dos homens leva à destruição do corpo político merece destaque. A corrupção, ao fim e ao cabo, é um risco para os fundamentos da democracia. Ao preferir os interesses privados aos interesses públicos, mais do que transgredir a lei, atinge-se o núcleo mesmo do Estado: sua Constituição. É necessário que todos os atores envolvidos no processo sejam responsabilizados.²⁰²

¹⁹⁹ GARCIA, op. cit., p. 6.

²⁰⁰ HERKENHOFF, op. cit., p. 27.

²⁰¹ GARCIA, op. cit., p. 24.

²⁰² BIGNOTTO, op. cit., p. 85.

Na complexidade legislativa contemporânea as casas legislativas já não são um recinto de oratória brilhante para consenso de ideias, mas o palco da busca de compromissos para os diversos interesses conflitantes. Para que haja um funcionamento condizente com os preceitos democráticos, impera a necessidade de um controle realmente eficaz, que também deve ser aplicado à política do governo. Ademais, as Casas devem funcionar como um fórum de debates onde a Nação venha a sentir-se presente, falando pelos seus legítimos representantes.²⁰³

Ademais, é preciso levar em conta a natureza verdadeiramente política da corrupção, observar seu nascedouro nas relações promíscuas entre os interesses de agentes particulares e as ações governamentais. Sem uma definição clara das fronteiras entre o público e o privado e a extensão da punição a todos os agentes corruptores, as diversas práticas ilegais, que caracterizam a corrupção no Brasil, serão uma ameaça constante à manutenção do Estado de direito.²⁰⁴

A realidade decorrente da corrupção remete à necessidade de controle e combate às ações desses representantes que se desvirtuam da sua missão que lhe é constitucionalmente assegurada. A sociedade exige das instâncias oficiais de poder efetividade no combate à corrupção. Para além disso, os movimentos em prol do combate à corrupção tem partido dos próprios atores sociais, o que será analisado no tópico a seguir.

3.2 Reação da sociedade: o controle do poder pelo poder

A democracia, na medida em que permite a ascensão do povo ao poder e a constante renovação dos seus dirigentes, possibilita um contínuo debate a respeito do comportamento daqueles que exercem ou pretendem exercer a representatividade popular, bem como de todos os demais assuntos de interesse coletivo.²⁰⁵

Bonavides ressalta que a democracia de participação, sem liquidar o pluralismo partidário, nem tampouco abolir as modalidades representativas, é a solução cabível diante da crise do sistema político brasileiro: “a baixa representatividade e a falência de legitimação do corpo político, a sua ruína física e moral, a desagregação política e o

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 289.

²⁰⁴ BIGNOTTO, op. cit., p. 85.

²⁰⁵ GARCIA, op. cit., p. 7-8.

mergulho na lama da corrupção”. A democracia participativa, assim, seria um caminho visto por onde se pode chegar à regeneração do sistema.²⁰⁶

A importância do regime de participação fica especialmente delineada a partir do reconhecimento de que a ascensão ao poder de pessoas cuja vida pregressa denota um histórico de improbidade pode ecoar por todos os cantos, independentemente da classe social, do nível cultural e econômico.

A superação do desrespeito aos direitos, bem como do não cumprimento dos deveres, por parte daqueles que têm o comando em diferentes níveis de poder não está nos discursos e nas propostas moralistas, mas num clima de rigorosidade ética a ser criado com necessárias e urgentes transformações sociais e políticas. Transformações essas que vão viabilizando cada vez mais a prática de uma educação voltada para a responsabilidade.²⁰⁷

Trata-se de uma situação que precisa ser combatida com absoluta prioridade, com o fito de possibilitar uma assepsia do sistema, na esteira dos dizeres de Maquiavel:

(...) como dizem os médicos sobre a tuberculose, no início o mal é fácil de curar e difícil de diagnosticar. Mas, com o passar do tempo, não tendo sido nem reconhecida nem medicada, torna-se fácil de diagnosticar e difícil de curar. O mesmo sucede nos assuntos de Estado. Prevendo os males que nascem, o que só é permitido a um sábio, estes são curados rapidamente. Mas quando se permite que cresçam, por não havê-los previsto, todos os reconhecem, porém não há mais remédio.²⁰⁸

Ao abordar sobre o contraste entre a democracia ideal e a democracia real, Bobbio demonstra que um ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo a qual “o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos”, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político.²⁰⁹

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 346.

²⁰⁷ FREIRE, op. cit., p. 44.

²⁰⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. p. 22. *Apud* GARCIA, op. cit., p. 5.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 21.

Níveis baixos de informação e de discernimento dos eleitores inviabiliza a sua capacidade de controlar a ação dos eleitos, a não ser recusando-se a reelegê-los. Dessa forma, todo mandato seria necessariamente uma delegação ampla e vazia de conteúdo.²¹⁰

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo.²¹¹

Enio defende que bons governos dependem de cidadãos mais conscientes, interessados e participativos:

É preciso que os setores influentes da sociedade e o crescimento da prática da cidadania contribuam para a evolução das organizações políticas, para o surgimento de um maior número de políticos sérios e responsáveis; para que o sistema eleitoral se aperfeiçoe; para que a ética, a transparência e o espírito público predominem no meio político; para que a escolha dos ocupantes dos cargos públicos seja feita pelo critério da qualificação e competência. Observado isso, sem margem a quaisquer dúvidas, a sociedade receberá o retorno, em forma de muitos benefícios.²¹²

Assim, para que os governos melhorem, núcleos importantes e influentes da sociedade devem manter-se vigilantes. Além disso, devem deixar de compactuar com os erros, bem como exercer pressões por mudanças. “Pessoas qualificadas, com espírito público e comprometidas precisam participar mais das organizações e dos eventos políticos, a fim de evitar que sejam dominadas por oportunistas, aventureiros e testas-de-ferro”.²¹³

Pedro Demo, ao falar do processo de conquista de direitos, lembra que não basta consignar os direitos na letra. Cabe aos interessados urgirem na teoria e na prática os seus direitos. A partir de tal perspectiva, segundo sustenta, “toda estrutura de poder destituída de controle democrático já nisto é corrupta, pois poder sem controle significa poder desmandado”.²¹⁴

Conforme sustenta Comparato, tudo o que puder revitalizar os grandes centros de interesse, dentro da sociedade civil, como os sindicatos, as associações, as próprias

²¹⁰ DE ALMEIDA, op. cit., p. 182.

²¹¹ GARCIA, op. cit., p. 8.

²¹² RESENDE, op. cit., p. 29.

²¹³ Ibidem, p. 28.

²¹⁴ DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 61.

organizações de planificação e desenvolvimento regional, para a gestão e reorganização coletiva da vida social, é bem-vindo.²¹⁵

Dentre os mecanismos de contenção a corrupção encontra-se o controle por parte dos verdadeiros detentores do poder na medida em que acompanham a atividade dos seus mandatários, compelindo-os a pautar suas condutas por princípios mais rígidos.²¹⁶

O combate à corrupção, assim, não há de ser fruto somente de uma produção normativa, mas, sim, resultado da aquisição de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isso, “a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada nunca o será”.²¹⁷

A prática da corrupção, arraigada na administração pública, não cede em nome de algumas poucas linhas de irresignação ou com arroubos isolados no meio social. É indispensável a gradativa e constante implementação de um processo de conscientização, que possibilitará a mobilização das diferentes camadas sociais contra esse inimigo comum: a corrupção.²¹⁸

Impera a consolidação de uma cultura democrática, onde se vê com absoluta naturalidade o funcionamento de processos participativos, marcados pelo acesso aberto ao poder, seu controle, pela burocracia comprometida com o serviço aos interessados, e assim por diante. É a efetiva democracia tornando-se, portanto, cotidiana.²¹⁹

A educação para a libertação tem como imperativo ético a desocultação da verdade. Ético e político.²²⁰ Nesse sentido tem-se visto um gradativo amadurecimento da população brasileira concretizado no anseio em nome de princípios éticos, de modo que no país venha a prevalecer “a honestidade sobre a corrupção; a justiça sobre a impunidade; o espírito coletivo sobre os interesses egoísticos particulares; a competência sobre a ineficiência”.²²¹

²¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 35.

²¹⁶ GARCIA, op. cit., p. 5-6.

²¹⁷ Ibidem, p. 8-9.

²¹⁸ Ibidem, p. 3.

²¹⁹ DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 79.

²²⁰ FREIRE, op. cit., p. 45.

²²¹ RESENDE, op. cit., p. 25.

A reação da sociedade mostra-se premente em casos em que se vê um choque entre a vontade do representante e a vontade do representado, situação que merece cuidadosa análise tendo em vista o ideal representativo.

Bobbio ao falar dos limites internos ao poder do príncipe destaca que o princípio *princeps é legibus solutus* foi aquele que inspirou a conduta dos soberanos nas monarquias absolutas vistas na Europa. A existência deste princípio, salienta, não quer dizer que o poder do príncipe não tenha limites: mas a questão posta é como o soberano pode limitar a si mesmo, uma vez que as leis são postas por sua vontade.²²²

Assim, o príncipe não poderia se submeter a leis por ele mesmo estabelecidas porque ninguém pode dar leis a si mesmo. O Estado constitucional aqui ganha especial relevo, posto que o limite àqueles incumbidos de fazer as leis deriva da própria composição e organização da sociedade, externada na Constituição, e não aos limites postos, ou impostos, pelas leis emanadas pelos próprios legisladores.²²³

A respeito de eventual choque entre a vontade do representante e a vontade do representado, merece destaque passagem de Canotilho ao falar de soberania popular ou soberania parlamentar. A soberania do parlamento, que impunha impostos sem representação, denotou a tirania do sistema, o que aflorou a necessidade de frear a “onipotência do legislador” por meio de uma constituição que garantisse os cidadãos, em sede de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. A partir de então, na inspiração americana de liberdade, cabe ao povo a tomada das decisões.²²⁴

Considerando-se que não existe mais o príncipe, o soberano, entra em cena os meios para ter-se garantido o efetivo controle, pelos representados, da atuação dos governantes eleitos, bem como da conduta daqueles que pretendem assumir mandato eletivo. O governo das leis, em primeiro lugar das leis fundamentais, vincula, antes ainda que os cidadãos, os próprios governantes. Um ordenamento desse gênero apenas é possível se aqueles que exercem o poder em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental.²²⁵

²²² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 98.

²²³ Ibidem, p. 98.

²²⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 58.

²²⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 23.

Nessa senda, Comparato destaca trecho da obra “Do Contrato Social”, de Rousseau:

Assim, os que pretendem que o ato pelo qual um povo se submete a chefes não é um contrato têm toda razão. É unicamente uma comissão, um emprego no qual, simples funcionários do Soberano, eles exercem em seu nome o poder do qual ele os fez depositários, e que ele pode limitar, modificar e retomar quando quiser, pois a alienação desse direito é incompatível com a natureza do corpo social, e contrária à finalidade de associação.²²⁶

A presente análise mostra-se sobremaneira relevante ao se considerar que o representante tem interesses próprios, não necessariamente coincidentes com os dos eleitores, e que ele sempre goza de significativa liberdade de ação em relação àqueles que lhe conferiram o mandato. Isto porque o mandatário conhece mais do que o eleitor as alternativas efetivamente disponíveis e as condições em que as decisões são tomadas.²²⁷

Com efeito, há uma considerável distinção entre os titulares que detém o poder e os que na realidade o exercem, pois o poder é, em última instância, exercício do poder. Em outros termos, o mandatário tem sempre a possibilidade de exercer os poderes que lhe foram delegados sem muita consideração pelas expectativas dos eleitores que lhes outorgam a delegação.²²⁸

As linhas precedentes atentam para o fato de que cabe aos políticos mudarem as suas organizações, o que revela a necessidade de uma forte pressão social para que isso realmente aconteça. Não se pode desconsiderar que o sistema corporativista, marcado pela cultura da politicagem e do fisiologismo, acaba por dificultar, por exemplo, a aprovação de reformas ensejadoras da ética na política.²²⁹

Daí o império do controle por parte do corpo social. Constatada a existência de “choque” entre o que representado demanda e o que o representante efetivamente realiza, podem emergir as manifestações de poder que persistem na sociedade civil como herança atávica do “estado de natureza hobbesiano”. Isso revela de forma incontestável que as manifestações de poder nem sempre se localizam na esfera estatal, fato histórico que a ideologia liberal tentou apagar.²³⁰

²²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 12 out 2011, p. 28 *Apud* COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 59.

²²⁷ DE ALMEIDA, op. cit., p. 182.

²²⁸ Ibidem, p. 182.

²²⁹ RESENDE, op. cit., p. 54.

²³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 49.

A análise de Bobbio acerca da teoria relacional do poder revela a relação existente entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria.²³¹ Essa situação ficou bem delineada no âmbito da aprovação da Lei da Ficha Limpa, haja vista que o projeto somente foi aprovado nas Casas Legislativas em decorrência da forte pressão social.

O papel do Poder Judiciário nessa temática envolve uma dimensão de relevância tal, porque se vê nitidamente o “choque” entre o interesse daqueles responsáveis por fazer as leis e a vontade da Constituição e da sociedade. Essa ideia pode ser ilustrada com o fato de o legislador ter demorado 16 anos para aprovar os casos de inelegibilidades em razão da vida pregressa, inserida no texto constitucional em 1994 e somente regulamentada em 2010. Percebe-se uma possível tentativa de burlar a vontade da Constituição, para o que se viu a reação da sociedade, que, mediante elevada pressão, provocou a aprovação da Lei da Ficha Limpa.

²³¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 78.

4. UMA LEITURA DA ADPF 144 À LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA

4.1 O surgimento da Lei da Ficha Limpa

Conforme visto no capítulo precedente, o quadro de corrupção delineado na realidade brasileira tem causado um crescente descontentamento dos mais diversos setores da sociedade.

Um exame atento da realidade brasileira, sacudida por virulentas desigualdades sociais, demonstra a existência de uma ampla gama de reivindicações que refletem, basicamente, carências materiais e necessidade por direitos essenciais.²³²

Assim, uma das causas das reivindicações sociais pode ser encontrada na negação ou na ausência de direitos aos meios para satisfazer necessidades vitais, sociopolíticas e culturais, para o que concorre fortemente a corrupção.²³³

Reivindicações das mais prementes na sociedade brasileira nos últimos anos dizem respeito ao anseio pela depuração do quadro da classe política brasileira, a qual é fortemente marcada por constantes escândalos de corrupção.

A exigência de atributos morais confiáveis para o exercício de mandato eletivo decorre do reconhecimento do direito que o cidadão tem de ser governado por pessoa proba. O momento histórico reacende esse ideal a partir da pressão da sociedade para afastar das disputas eleitorais aqueles candidatos que não tenham os recomendáveis e necessários bons antecedentes éticos.²³⁴

Em dezembro de 2007, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) deflagrou a Campanha Ficha Limpa, que tinha o escopo de aumentar o rigor nos critérios para a definição das candidaturas e fazer valer a determinação constitucional contida

²³² WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 105.

²³³ Ibidem, p. 105.

²³⁴ FERREIRA, José Valmir. *Inelegibilidade em razão da vida pregressa dos candidatos*. 2008. 59 f. Trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Constitucional Eleitoral, Universidade de Brasília – UNB, Faculdade de Direito, Brasília, 2008, p. 35.

no art. 14, §9º, da Constituição Federal, qual seja, a proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato.²³⁵

O movimento tinha o objetivo de colher os 1,3 milhão de assinaturas necessárias à propositura de um projeto de lei de iniciativa popular para regulamentar o dispositivo constitucional acima referido, uma vez que o parlamento até então não havia adotado tal providência.²³⁶

A atuação do MCCE ganhou notoriedade nacional no período das campanhas eleitorais do ano de 2008 a partir da atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A AMB disponibilizou em seu sítio na internet um rol contendo o nome de candidatos que configuravam como réus em ações penais, eleitorais e em ações de improbidade administrativa. A partir disso, esses candidatos passaram a ser tratados, sobretudo pela atuação da mídia, sob a *alcunha* de *políticos ficha suja*.²³⁷

Em setembro de 2009, a Campanha Ficha Limpa, em decorrência da rápida adesão de diversas organizações compostas por milhares de voluntários, conseguiu obter o número de assinaturas exigido pela Constituição, somando ao final mais de 1,6 milhão de assinaturas.²³⁸

Após a entrega do projeto de iniciativa popular à Câmara dos Deputados, teve início uma mobilização sem precedentes no país. Sobre tudo por meio das redes sociais, a população exerceu forte pressão pela aprovação do projeto já para aplicação no pleito de 2010.²³⁹

Com isso o Projeto Ficha Limpa passou por uma rápida tramitação nas instâncias oficiais de poder. Surgia então a Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

²³⁵ REIS, Marlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; DE OLIVEIRA, Marcelo Roseno (Org.). *Ficha Limpa*. Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. São Paulo: Edipro, 2010, p. 23.

²³⁶ Ibidem, p. 24.

²³⁷ DIAS JUNIOR, Jose Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: direito fundamental a moralidade das candidaturas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 15.

²³⁸ REIS, op. cit., p. 23.

²³⁹ Ibidem, p. 23.

4.2 As alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa

A Lei da Ficha Limpa veio para regulamentar o dispositivo constitucional que trata da inelegibilidade como meio de preservação da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, inserido no Texto Magno pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994:

Art. 14 (...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Consoante se verifica da sua ementa, a Lei da Ficha Limpa altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990 (LC 64/90), denominada Lei de Inelegibilidades:

Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

A LC 64/90 estabelece, assim, os casos de inelegibilidade e os prazos de cessação, vindo a Lei da Ficha Limpa a incluir, conforme visto acima, as “hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato”.

Inicialmente cumpre analisar, ainda que forma ligeira por não se tratar de objeto imediato do presente trabalho, os conceitos de inelegibilidade e elegibilidade.

Inelegibilidade consiste no impedimento à capacidade de um indivíduo de ser votado, resulta em um determinado período de privação da capacidade eleitoral passiva.²⁴⁰

Em sentido inverso, a elegibilidade diz respeito à qualidade do indivíduo que, por ter preenchido todos os requisitos previstos no ordenamento jurídico, pode participar

²⁴⁰ DIAS JUNIOR, op. cit., p. 57.

da disputa pelo poder político, pode exercer o direito de ser representante do povo no poder.²⁴¹

Os conceitos de elegibilidade e inelegibilidade denotam o caráter de precaução de que são investidos tais institutos.²⁴²

A leitura do §9º do art. 14 da Constituição Federal mostra que as inelegibilidades possuem caráter de precaução em dois sentidos. O primeiro visa à proteção dos mecanismos de legitimação democrática contra abusos do poder econômico e/ou político já perpetrados. O segundo, estabelecido como precaução para o futuro, visa à proteção dos bens, valores e interesses públicos contra as pretensões daqueles cuja vida pregressa revela um desprezo pelos princípios de que devem estar revestidos aqueles que pretendem exercer o *munus público*.²⁴³

Com efeito, o olhar sobre a vida pretérita do candidato aponta a necessidade de proteção do patrimônio público contra as pretensões ilegítimas daqueles que, utilizando-se do mandato eletivo, colocam seus interesses privados acima do interesse público.²⁴⁴

Feita essa exposição prévia a respeito das inelegibilidades e do objetivo da Lei da Ficha Limpa, impera ressaltar uma inovação importante trazida por esta lei e que tem levantado acalorados debates no universo do direito.

Essa inovação diz respeito ao fato de a Lei da Ficha Limpa ter trazido, de forma expressa, a possibilidade de o candidato tornar-se inelegível em virtude de condenação por órgão colegiado sem que tenha havido o trânsito em julgado da decisão judicial, *verbis*:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

²⁴¹ DIAS JUNIOR, op. cit., p. 57.

²⁴² FERREIRA, op. cit., p. 24.

²⁴³ Ibidem, p. 30.

²⁴⁴ Ibidem, p. 39.

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
- (...)
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

As alíneas *h, j, l, n e p* da nova Legislação de Inelegibilidades, nesse mesmo sentido, consideram a decisão de órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, suficiente para tornar o candidato inelegível.

A Lei da Ficha Limpa demonstra que o legislador foi mais cauteloso ao exigir a condenação por órgão colegiado, ao invés de acatar o texto original do projeto de lei para o qual bastava a condenação em primeira instância.

Dentro desse mesmo espírito, o legislador inovou o texto original ao prever a possibilidade de suspensão da inelegibilidade em sede cautelar, desde que presente a plausibilidade da pretensão recursal, conforme se observa do art. 26-C da nova redação da LC 64/90:

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

(grifo no original)

Os §§ 1º e 3º do mesmo artigo cuidam da celeridade na apreciação de tal recurso, bem como de sanções a eventuais atos da defesa tidos como protelatórios, em virtude da urgência requerida para solução de tais questões:

§1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de **habeas corpus**.

(...)

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.

(grifo no original)

Por fim, prevê o § 2º do art. 26-C que, uma vez mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade, ou revogada a suspensão liminar, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente. Assim, firma-se em caráter definitivo a inelegibilidade do recorrente pelo período estabelecido na legislação de regência:

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no **caput**, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

(grifo no original)

Vê-se que a Lei da Ficha Limpa inseriu expressamente a possibilidade de mitigação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Antes de abordar especificamente a controvérsia constitucional daí decorrente, cumpre analisar a evolução da legislação e da atuação da Justiça Eleitoral, dada a sua relevância para a proteção da moralidade e da probidade previstas no art. 14, §9º, da Constituição Federal.

4.3 A evolução da legislação e da atuação da Justiça Eleitoral: breves linhas

Paralelamente ao desenvolvimento do direito constitucional brasileiro, ocorreu a evolução da legislação eleitoral, bem como da atuação da Justiça Eleitoral. Essa evolução revela um trilhar no sentido da moralização da política, na medida em que propiciou a implementação de mecanismos inibidores do acesso e da manutenção de políticos ímprobos no poder.

A criação da Justiça Eleitoral ocorreu em 1932 a partir do Código Eleitoral. Teve como grande influência a Revolução de 1930, que tinha como um dos princípios a moralização do sistema eleitoral.²⁴⁵ Vê-se, assim, que a Justiça Eleitoral já surgiu nesse espírito de depuração dos quadros políticos do país.

Isso se mostrava sobremaneira necessário em virtude dos abusos de toda ordem que eram cometidos. O controle das eleições por parte dos que estavam no poder gerava um sem-número de possibilidades de fraudes. Desde o Império a opinião pública já exigia eleições diretas e criticava os abusos e as fraudes.²⁴⁶

²⁴⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Institucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional>>. Acesso em: 2 out. 2011

²⁴⁶ Ibidem.

A fim de exemplificar os abusos perpetrados, destaca-se a ação dos coronéis, que controlavam o eleitorado regional, fiscalizavam o voto não secreto dos eleitores e a apuração. Chegava-se assim, quase sempre, a um resultado previsível. Ademais, costumava-se excluir na fase final alguns dos eleitos. Eram as chamadas "degolas", uma verdadeira negação da verdade eleitoral.²⁴⁷

Proclamada a república, a paisagem foi dominada pelas fraudes eleitorais. Nesse período, representatividade política e legitimidade democrática não andavam de braços dados, prática que somente um século depois, com a informatização das eleições, começou a ser contida.²⁴⁸

De fato a informatização dos pleitos eleitorais veio para garantir a segurança e a transparência do processo, possibilitando um fidedigno registro da vontade do eleitor brasileiro, o que foi determinante para o fortalecimento da democracia do país. Em 1996 foi iniciada a primeira votação eletrônica do Brasil, sendo que, no ano 2000, todo eleitorado votou por meio eletrônico.²⁴⁹

Único no mundo, o sistema de eleições adotado no Brasil é campeão em agilidade na contagem e na divulgação dos votos, sendo aprovado por 94,4% dos brasileiros, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Sensus após as eleições gerais de 2010. Registra-se que, já no segundo turno eleitoral daquele ano, o resultado da eleição presidencial foi anunciado apenas uma hora e quatro minutos após o encerramento da votação em todo o país.²⁵⁰

Com o objetivo de garantir um sistema de votação verdadeiramente democrático e seguro, a Justiça Eleitoral brasileira investiu no desenvolvimento das urnas com leitor biométrico. Esse sistema imprimirá às eleições brasileiras um novo mecanismo de segurança, agora no que se refere à identificação do eleitor, que passará a ser feita por meio das digitais e de fotografia. O objetivo é excluir a possibilidade de uma pessoa votar por outra, tornando inviável a fraude no procedimento de votação. É a tecnologia a serviço da segurança do voto e da lisura do processo eleitoral.²⁵¹

²⁴⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Institucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional>>. Acesso em: 2 out. 2011

²⁴⁸ GARCIA, op. cit., p. 5.

²⁴⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, *op. cit.*

²⁵⁰ *Ibidem*

²⁵¹ *Ibidem*

Além das conquistas ligadas à segurança e transparência do pleito em si, é força destacar os mecanismos de controle que, com o passar do tempo, foram inseridos na legislação eleitoral brasileira. Vieram estes com o objetivo de coibir e reprimir práticas tais como as de abuso do poder econômico, abuso do poder político, captação ilícita de sufrágio, aliciamento de eleitor.²⁵²

Dentre tais instrumentos, destaca-se a prestação de contas de partido político, a prestação de contas de campanha eleitoral, a ação de impugnação de registro de candidatura, a ação de impugnação de mandato eletivo, a ação de investigação judicial eleitoral e o recurso contra expedição de diploma.^{253 254}

Considerando que a temática do presente trabalho monográfico reclama especial destaque à Lei da Ficha Limpa, observa-se o que registra o Glossário Eleitoral Brasileiro a respeito dessa recente alteração legislativa:

Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, que altera a Lei Complementar nº 64 (Lei de Inelegibilidade). Originou-se de um Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre a vida pregressa dos candidatos com o objetivo de tornar mais rígidos os critérios para candidatura, criar novas causas de inelegibilidades e alterar as existentes. A lei torna inelegível, dentre outras possibilidades, o candidato condenado em decisão colegiada por crimes contra a administração pública, o sistema financeiro, ilícitos eleitorais, de abuso de autoridade, prática de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, tortura, racismo, trabalho escravo ou formação de quadrilha.²⁵⁵

Observa-se, assim, o caminhar dos institutos e instituições de direito eleitoral no sentido de garantir que a vontade do eleitor seja assegurada por meio de eleições seguras. Para além disso, é incontestável a evolução do sistema democrático brasileiro a partir da crescente criação de mecanismos inibidores da entrada e manutenção dos que ingressam na seara pública sem priorizar o devido respeito às esperadas probidade e moralidade.

²⁵² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Glossário Eleitoral Brasileiro*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotSites/glossario-eleitoral/index.html>>. Acesso em 17 ago. 2011.

²⁵³ *Ibidem*

²⁵⁴ O sistema eleitoral brasileiro, entretanto, não aderiu a alguns mecanismos de controle da população sobre o exercício do poder pelos seus representantes, tais como o instituto da revogação do mandato, denominado *recall*, e o mandato imperativo.

O *recall* consiste na possibilidade de cassação do eleito, por seus eleitores. No tocante ao mandato imperativo, consiste que o parlamentar registraria na Justiça Eleitoral suas promessas de campanha, que conferiram os votos suficientes à sua eleição. Caso proferisse voto contrário a tais promessas, seria ele desconsiderado. O mandato imperativo, ao inverso do mandato representativo, é o que, com base na representação do direito privado, entende que o eleitor pode prescrever, ao eleito, o modo pelo qual este terá de agir, em seu nome. (PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Editora UnB, 2000, p. 278; 331)

²⁵⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, op. cit.

4.4 Colisão entre princípios constitucionais: uma controvérsia em torno da Lei da Ficha Limpa

Como já demonstrado no tópico precedente, a Lei da Ficha Limpa considera suficiente para tornar o candidato inelegível decisão proferida por órgão colegiado. Com isso, a norma não exige, como até então se via, o trânsito em julgado da decisão condenatória,²⁵⁶ o que consubstancia o princípio constitucional da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência, um dos corolários do Estado Democrático de Direito, está previsto no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior. Reza o princípio que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Consoante entendido no universo jurídico, a cláusula garantista da presunção de inocência irradia seus efeitos para além da esfera penal, com o fito de proteger o indivíduo de eventual arbitrariedade do Estado.²⁵⁷

Dentro desse entendimento, até que se opere o trânsito em julgado de decisão condenatória em processo judicial, o indivíduo que configure como réu não pode sofrer qualquer tipo de sanção em decorrência da existência do processo ou de eventual condenação, sob pena de se conferir um status de efetividade a uma decisão pendente de recurso, provisória, portanto.²⁵⁸

A possibilidade de mitigação ao princípio da presunção de inocência frente aos princípios da probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato eletivo, trazida pela Lei da Ficha Limpa, tem gerado grandes debates no universo jurídico. Há defensores e críticos ferrenhos às duas possibilidades de posicionamento.

Se privilegiado o primeiro princípio, estar-se-ia protegendo direito individual, afastando-se a possibilidade de dano irreparável à pessoa que teve afastado o seu

²⁵⁶ A redação da Lei de Inelegibilidades, antes da Lei da Ficha Limpa, exigia o trânsito em julgado da decisão, conforme se vê em uma das alíneas do art. 1º, que traz as inelegibilidades: “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, (...) pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;”

²⁵⁷ Para uma mais detalhada compreensão a respeito do princípio da presunção de inocência, ver Voto do Ministro Celso de Mello, p. 22 et seq. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº144. Associação de Magistrados Brasileiros. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 06.08.2008. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJe-035, de 26/2/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 17 set. 2010.).

²⁵⁸ ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 22 et seq.

direito de concorrer às eleições, ou de ser diplomado, e que venha depois a ser absolvida em instância superior.²⁵⁹

No sentido oposto, havendo a mitigação ao princípio da presunção de inocência, impedir-se-ia a chegada ao poder de um indivíduo cuja vida pregressa deixe fundadas dúvidas quanto à sua conduta, em termos de probidade e moralidade, o que refletiria o direito que os indivíduos têm de dispor de representantes que estejam a serviço dos maiores interesses da coletividade.²⁶⁰

Na esteira da presente discussão, serão analisados os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 (ADPF 144). Ademais, será feito um cotejo entre tais argumentos e a realidade trazida pela Lei da Ficha Limpa.

4.5 A ADPF 144 e a Lei da Ficha Limpa

A discussão sobre a análise da vida pregressa do candidato a cargo eletivo como condição para sua elegibilidade, com o fito de preservar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo, foi travada em 2008 no âmbito da ADPF 144.

Discutiu-se sobre qual princípio constitucional deveria ser privilegiado: se o princípio da presunção de inocência, presente no inciso LVII do art. 5º do Texto Magno, ou se os princípios da moralidade e probidade, esculpidos no §9º do seu art. 14.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por meio da ADPF 144, impugnou a então redação da LC 64/90, que exigia o trânsito em julgado de sentença condenatória para que a candidatura fosse indeferida pela Justiça Eleitoral.

A AMB alegava incompatibilidade da referida lei com o previsto no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 1994, posterior, portanto, à redação da lei citada.

²⁵⁹ ADPF 144. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 6.

²⁶⁰ ADPF 144. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1 et seq.

Segundo entendimento da Associação dos Magistrados, a partir do momento que o novo texto constitucional dispôs que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato”, a Lei de Inelegibilidades em vigor não teria sido recepcionada pelo fato de exigir o trânsito em julgado da decisão.

É que, para a AMB, a longa espera pelo trânsito em julgado prejudica o exame da vida pregressa e, em última análise, a proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo, gerando um quadro geral de impunidade.

A AMB, a partir de tal entendimento, pleiteou a revogação da exigência do “trânsito em julgado” da qual dispunha a LC 64/90. Caberia à Justiça Eleitoral, consoante o pedido da requerente, sopesar a gravidade das condutas apontadas na Lei de Inelegibilidades, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro da candidatura.²⁶¹

Vê-se, pelo exposto, que a AMB, já em 2008, buscava o reconhecimento da possibilidade de mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência, a fim de impedir a candidatura de quem possuísse vida pregressa desabonadora, que desafiasse os princípios constitucionais da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo.

No pleito apresentado com a referida ADPF, a mitigação do princípio da presunção de inocência poderia impedir o indivíduo de exercer sua capacidade eleitoral passiva, ou seja, poderia torná-lo inelegível mesmo sem a existência de trânsito em julgado de decisão judicial condenatória.

Verificar-se-ia, no caso concreto, um conflito quanto à aplicação de dispositivos constitucionais: prevaleceria o princípio da presunção de inocência, ou este seria mitigado em face dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato? Caberia ao operador do direito a complexa decisão, a fim de conceder ou negar o registro de candidatura.

²⁶¹ ADPF 144. Petição inicial, p. 32-33.

No julgamento do mérito da causa, pelo indeferimento os Ministros Celso de Mello (relator), Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

Foram utilizados, no geral, os seguintes argumentos para o indeferimento: a) impossibilidade de o Judiciário, sob pena de se ter configurada usurpação dos poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, determinar quais seriam os “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação”, uma vez que o §9º do art. 14 da Constituição exige não apenas uma lei qualquer, mas lei complementar, para que se erijam novas hipóteses de inelegibilidade; b) embora não configure pena, inelegibilidade qualifica-se como matéria de limitação de direitos, o que impede interpretação expansiva por parte do órgão julgador; c) necessidade de critérios objetivos para a determinação da inelegibilidade (tipicidade dos atos e fatos configuradores de suas causas), daí afastar a subjetividade na atuação da Justiça Eleitoral quanto à análise da vida pregressa, o que, caso contrário, geraria incerteza e insegurança jurídica; d) inexistência de lei que preveja a possibilidade de acusado, ou até mesmo condenado, sem decisão judicial transitada em julgado, tenha sua capacidade eleitoral passiva prejudicada; e) incompatibilidade do pedido com o princípio constitucional da presunção de inocência, que é aplicável também no âmbito extrapenal.

Ainda no sentido de corroborar o indeferimento do pleito da AMB, o Ministro Ricardo Lewandowski levantou a questão sobre uma pessoa condenada sem que tenha transitado em julgado a decisão e que venha a ter, em virtude disso, sua candidatura indeferida. Lembra o ministro que essa mesma pessoa, no caso de ser absolvida em uma instância superior, já teria seu direito de concorrer prejudicado, uma vez que já passadas as eleições. O ministro colacionou em seu voto dados estatísticos do próprio STF que demonstram que ¼ dos recursos extraordinários criminais interpostos, dos anos de 2006 a 2008, por postulantes a cargos eletivos que tiveram suas candidaturas barradas resultaram em que essas pessoas foram absolvidas, o que as possibilitaria de concorrer às eleições, caso ainda fosse possível.²⁶²

Pelo deferimento do pedido, os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Estes seguiram no sentido de ser mitigado o princípio da presunção de inocência nos casos em que aquele que pretende se candidatar a cargo eletivo tenha uma vida pregressa desabonadora, em termos de moralidade e probidade.

²⁶² ADPF 144. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 6.

Entendem os ministros a favor do pleito que o princípio da presunção de inocência opera-se no âmbito do indivíduo, serve diretamente ao respectivo titular. Já os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, estão a serviço da coletividade, da coisa pública, da democracia como um todo, motivo pelo qual deveriam prevalecer sobre o princípio da presunção de inocência.

Na ADPF 144 pleiteava-se a possibilidade de o candidato tornar-se inelegível já com decisão de 1º grau, o que foi severamente criticado por grande parte dos ministros em virtude da insegurança jurídica decorrente da precariedade de tal decisão.

Quanto a este ponto, o Ministro Joaquim Barbosa foi favorável ao pleito da AMB com a ressalva, a fim de homenagear a segurança jurídica, de que fosse estabelecido o critério de haver decisão condenatória de órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, que confirmasse a sentença condenatória na primeira instância como critério suficiente para se impedir a candidatura.

O ministro Joaquim Barbosa destaca ainda que é incontestável o entendimento acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. Ademais, sustenta o ministro, tem se verificando de maneira cada vez mais crescente no âmbito de inúmeras cortes constitucionais e supremas o exercício da ponderação entre princípios e valores constitucionais, de modo que eventualmente um deles possa prevalecer.²⁶³

A maior parte dos argumentos utilizados para o indeferimento do pedido da AMB foi superada pela simples existência da Lei da Ficha Limpa. Isso porque as críticas feitas pelos ministros, em suma, disseram respeito à questão da subjetividade do aplicador do direito. A maioria dos ministros entendeu ser inadmissível ficar ao arbítrio do juiz quais seriam as hipóteses de inelegibilidades em virtude da análise da vida pregressa do candidato.

No âmbito de tal questão verifica-se a seguinte passagem do voto do Ministro Celso de Mello, relator, referindo à legislação vigente à época:

(...) em face do sistema de direito positivo vigente no presente momento histórico, somente os eleitores dispõem de poder soberano e de legitimidade para rejeitar, pelo exercício do direito do voto, candidatos ímprobos, desonestos e moralmente desqualificados.²⁶⁴

²⁶³ ADPF 144. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 2.

²⁶⁴ ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 7.

No ordenamento brasileiro, não existe qualquer possibilidade de o poder público, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer, sem prévia decisão judicial condenatória irrecorrível, a culpa de alguém, especialmente para além da gravíssima privação da liberdade individual – ou da atribuição da qualidade de *improbis administrator* – resultar, ainda, dentre outras espécies de consequências, a suspensão temporária da cidadania, em particular do direito de ser votado.²⁶⁵

(grifo no original)

Ainda quanto isso, destaca-se a “ética da legalidade”, trazida no voto do Ministro Eros Grau:

A moralidade da Administração – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos – apenas pode ser concebida por referência à legalidade, nada mais. (...) Digo-o com ênfase porque o que caracteriza o surgimento do chamado direito moderno – esse direito que chamo direito *posto* pelo Estado, opondo-se ao direito *pressuposto* – é precisamente a substituição do subjetivismo da equidade pela objetividade da lei. A lei em lugar da vontade do rei. Isso significa a substituição dos valores pelos *princípios*. Não significa que os valores não sejam considerados no âmbito do jurídico. Não significa o abandono da ética. Significa, sim, que a ética do direito moderno e a *ética da legalidade*.²⁶⁶

(grifos no original)

Corroborando o Ministro Gilmar Mendes:

Não tenho dúvidas de que a consideração de fatos da vida pregressa do candidato (...) para a configuração de causas de inelegibilidade, sem expressa previsão legislativa para tanto, viola a garantia fundamental da presunção de inocência. (...) Reafirmo, portanto, a necessidade de que haja uma mínima tipicidade dos atos e fatos configuradores de causas de inelegibilidades para fins de aplicação da determinação contida no art. 14, §9º, da Constituição.²⁶⁷

Essa questão foi superada pela Lei da Ficha Limpa, uma vez que esta tipifica as hipóteses em que o indivíduo terá sua capacidade eleitoral passiva restringida em virtude da sua vida pregressa, não mais havendo que se falar, nesse tocante, em discricionariedade do julgador.

Restaria, assim, dentre os argumentos utilizados para o indeferimento do pleito da AMB na ADPF 144, a análise do único que persiste após a nova redação da Lei de Inelegibilidades: “incompatibilidade do pedido com o princípio constitucional da presunção de inocência, que é aplicável também no âmbito extrapenal”.

²⁶⁵ ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 47.

²⁶⁶ ADPF 144. Voto do Ministro Eros Grau, p. 11.

²⁶⁷ ADPF 144. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 6-7.

Observa-se, aqui, a ideia de sopesamento entre os princípios colidentes. Será possível mitigar o princípio da presunção de inocência para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo?

Apreende-se dos votos dos ministros que votaram pelo indeferimento, e que adentraram na discussão sobre a possibilidade de se afastar o trânsito em julgado da decisão judicial, que foi dado ao princípio da presunção de inocência um caráter *prima facie*, ou seja, tal princípio teria uma argumentação prévia em seu favor.²⁶⁸

Nesse sentido denotam os seguintes trechos do voto do Ministro Celso de Mello:

Vê-se, desse modo, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as conseqüências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

(...)

A presunção de inocência não se esvazia progressivamente, na medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer, repita-se, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

(...)

A presunção de inocência se opera em favor das pessoas contra o abuso de poder e a prepotência do Estado em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria constituição – que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis, ou, então, que se imponham ao réu restrições a seus direitos não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.²⁶⁹

O Ministro Gilmar Mendes também deixa consignada a sua posição a respeito da possibilidade de mitigação ao princípio da presunção de inocência:

(...) as várias manifestações aqui assentes demonstram que essa ideia da presunção de inocência, ou presunção de não-culpabilidade, não pode ser mitigada, por razões as mais diversas. O catálogo dos direitos fundamentais não está à disposição, pelo contrário. (...) Cabe a esta corte fazer,

²⁶⁸ Para um conhecimento mais detalhado sobre o conceito de princípio *prima facie*, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição do Estado Constitucional*. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010, p. 53.

²⁶⁹ ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 29, 32 e 35, respectivamente.

diuturnamente, essa **pedagogia dos direitos fundamentais**, contribuir para um processo civilizatório elevado.²⁷⁰

(grifo no original)

Quanto às ponderações traçadas em favor do pleito da AMB, pelos ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, observa-se mais claramente o sopesamento entre os interesses colidentes e podem ser resumidas na seguinte passagem do voto deste ministro:

Aderi ao luminoso voto proferido pelo ministro Carlos Britto, que, lançando mão de uma interpretação sistemática do texto constitucional, adotou uma arguta diferenciação entre a ontologia e as funcionalidades dos direitos e garantias individuais, dos direitos fundamentais sociais e as referentes aos direitos políticos. (...) Enquanto os primeiros servem diretamente aos respectivos titulares, o mesmo não se dá quanto aos direitos políticos. Com efeito, é hoje incontestável o entendimento acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. (...) tornou-se rotina no âmbito desta Corte, e de inúmeras outras Cortes Constitucionais e Supremas, o exercício da ponderação entre princípios e valores constitucionais a priori dotados da mesma carga normativa, de sorte que, no caso concreto, um deles possa eventualmente prevalecer. (...) O princípio da presunção de inocência constitui norma princípio que serve eminentemente ao indivíduo (...). Já os direitos políticos têm outra conotação. Tanto o seu exercício de maneira abusiva, quanto a sua fruição na perspectiva passiva por pessoas ímprobas ou envolvidas em atividades delitivas repercutem de maneira negativa não apenas na esfera individual do titular, mas sim no próprio sistema representativo como um todo. (...) Em suma, é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada, o que tem como consequência direta a não-identificação do cidadão com os seus representantes, a desafeição do cidadão em relação aos assuntos de interesse da *polis*. (...) Estou convencido, portanto, que no confronto aparente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e as exigências postas pelo art. 14, parágrafo 9º da Constituição, estas devem prevalecer.²⁷¹

A discussão travada na ADPF 144 mostra que foi levada à mais alta corte do país um caso de grande importância, conforme revela trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia:

Senhor Presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar em seus devidos lugares e questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social. Penso, basicamente, serem dois motivos. O primeiro é que, a cada dia, todos nós, cidadãos brasileiros, somos afligidos com notícias de atos de absoluta falta de ética, de quebra dos princípios éticos e morais, com casos e mais casos de corrupção na Administração Pública, fato que afronta o nosso sentimento de viver com justiça em uma sociedade civilizada. Em segundo lugar, há a morosidade do trânsito em julgado das decisões judiciais. Fossem as decisões rápidas – e isso é uma questão que se coloca –

²⁷⁰ ADPF 144. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3.

²⁷¹ ADPF 144. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1-3.

e não tivéssemos tantos casos, ninguém iria afirmar que esta Constituição não está sendo cumprida, inclusive em seu fundamento ético.
 (...) todos nós, cidadãos, não aguentamos mais, todos os dias, deparar-mo-nos com casos de corrupção, de falta de apreço pela coisa pública.²⁷²

Em que pese a urgência social de combate a esse quadro geral de corrupção, o que, ao fim e ao cabo, objetivava a AMB por meio da ADPF 144, há que se reconhecer a complexidade da causa.

Naquele momento, o fato de não haver uma lei que tipificasse os casos ensejadores de inelegibilidade em virtude da vida pregressa do candidato foi determinante para o resultado da ADPF 144. Não admitiram os ministros que os membros do Poder Judiciário usurpassem o papel do legislador, determinando em tais e quais casos os candidatos teriam a candidatura barrada em virtude da sua vida pregressa.

Nesse sentido o voto do ministro Lewandowski, para o qual, com o acatamento do pedido da AMB, uma verdadeira norma em branco

(...) permitiria aos juízes eleitorais determinarem a inelegibilidade de certo candidato com base em uma avaliação eminentemente subjetiva daquilo que a Constituição denomina de “vida pregressa”, a fim de proteger, segundo o alvedrio de cada julgador, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. (...) Num contexto destes, ter-se-á, quanto mais não seja, afronta ao princípio da isonomia, na medida em que os candidatos serão tratados de forma distinta segundo o critério pessoal do juiz ou dos integrantes do tribunal responsáveis pelo registro da candidatura. (...) Melhor, então, que prevaleça, enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional, aquele estabelecido pela lei complementar vigente, isto é, o trânsito em julgado de sentença condenatória, o qual eu penso, diante da taxatividade com que está redigido, não pode ser modificado por mera interpretação judicial, sob pena de indevida invasão da seara legislativa por parte dos magistrados.²⁷³

Em que pese a prevalência do argumento acima exposto para o indeferimento do pedido da AMB, alguns ministros, conforme visto, adentraram na análise propriamente dita sobre qual princípio deveria prevalecer. O Ministro Celso de Mello – relator, manifestou-se claramente pela prevalência do princípio da presunção de inocência. Os ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes também inclinaram-se no mesmo sentido, embora tenham pautado seus votos sobretudo na ausência da lei tipificadora dos casos de inelegibilidades para proteção da probidade administrativa e da moralidade para o

²⁷² ADPF 144. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 5-7.

²⁷³ ADPF 144. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 4-5.

exercício do mandato. Já os ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa partiram em defesa dos princípios da probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato.

A norma que exauriu a regulamentação exigida pelo §9º do art. 14 da Constituição Federal veio dois anos após o julgamento da ADPF 144.

Com o advento da nova legislação de inelegibilidades, essa questão deverá ser novamente enfrentada. Será preciso verificar se o dispositivo da Lei da Ficha Limpa que permite a restrição da capacidade eleitoral passiva com base em condenação por órgão colegiado não transitada em julgado merece lugar no sistema constitucional vigente.

O Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADPF 144, já trazia consigo essa preocupação:

(...) o art. 14, §9º, outorgou à lei complementar, competência normativa que só pode ser exercida nos limites da própria Constituição. Sua função é apenas tipificar casos que se ponham em conformidade com o próprio sistema constitucional, de modo que é impossível admitir a consistência de qualquer interpretação de lei complementar que, sobre matéria de inelegibilidade, contrarie, como resultar do acolhimento da presente demanda, a própria Constituição da República.²⁷⁴

O julgamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre a Lei da Ficha Limpa gera expectativa premente, haja vista o pleito de 2012 que se avizinha.

4.6 Vida ou morte à Lei da Ficha Limpa?

O presente estudo de caso tem como foco a apreciação de um problema jurídico pela Corte Suprema em dois momentos históricos: antes e depois da Lei da Ficha Limpa.

O problema jurídico, conforme visto, consiste no conflito entre dois blocos de princípios: por um lado, o princípio da presunção de inocência; por outro, os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

Esses princípios, no presente caso, se isoladamente aplicados, levam a resultados inconciliáveis entre si. Explica-se.

²⁷⁴ ADPF 144. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 8.

Tendo-se em conta a hipótese de um indivíduo que tenha contra si condenação judicial por órgão colegiado sem a incidência do trânsito em julgado, e estando tal condenação prevista no rol das que importam inelegibilidade: a) caso se aplique isoladamente o princípio da presunção de inocência, o candidato poderia concorrer às eleições e, se eleito, diplomado; b) caso se aplique isoladamente os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa, o candidato tornar-se-ia inelegível, ou seja, teria sua candidatura impossibilitada ou, se até mesmo já eleito, teria seu diploma anulado.

A apreciação antes da Lei da Ficha Limpa, ou seja, o resultado da ADPF 144, foi no sentido de não permitir a retirada da exigência do “trânsito em julgado” da então redação da Lei de Inelegibilidades.

Esse resultado pautou-se da inexistência da lei tipificadora dos casos de inelegibilidades para proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato. Decorreu da impossibilidade de ficar ao arbítrio do julgador quais seriam as hipóteses de inelegibilidades para proteção de tais princípios.

A apreciação dessa controvérsia após a Lei da Ficha Limpa ainda não foi levada a efeito pela Corte Suprema. Trata-se de um grande desafio, posto que ocorrerá diante de um novo cenário, o de uma sociedade fortemente mobilizada em prol do combate à corrupção, sociedade esta que deu origem à própria lei que estará sob julgamento.

Assim, caberá ao STF responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente, ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

4.6.1 Mitos e evolução do sistema jurídico

Uma análise crítica a respeito da certa “absolutização” de alguns institutos pela cultura jurídica dominante revela que as construções que vão sendo reiteradas com o passar do tempo, ou seja, os efeitos da linguagem jurídica, influenciam no processo de construção e aplicação do direito.

Nessa esteira de análise deve-se dar destaque às opiniões generalizadas, que são tidas como verdadeiras a partir de um processo no qual se vinculam as afirmações ao

sistema de crenças dominantes. Os homens atuam e raciocinam comandados por essas crenças culturalmente institucionalizadas.²⁷⁵

Essas generalizações, reiteradas com o tempo, transformam-se em mitos, muitas vezes tidos como inquestionáveis pela cultura jurídica dominante.

Del Vecchio defende que todo dogmatismo ou apriorismo deve ser banido quando se trata de investigar e sistematizar os dados da experiência.²⁷⁶ Isso porque um evolucionismo marcado por fórmulas dogmatizadas pode alhear-se do valor dos fatos históricos, ignorando que a evolução tem um significado essencialmente lógico e dialético.²⁷⁷

A evolução, em termos gerais, indica simplesmente a continuidade de um processo, mas também pode significar mudança, o que exclui puras repetições.²⁷⁸ A evolução é, sobretudo, uma hipótese e um princípio regulador que permite unificar certas experiências, mas não é nem deve ser um dogma, pois existem experiências que demonstram um andamento contrário, as quais devem ser, de preferência, interpretadas segundo um conceito antitético, ou seja, segundo o conceito de involução.²⁷⁹

No tocante à ideia de conciliação entre os diversos valores existentes no sistema jurídico, não se pode introduzir um critério absoluto, posto que se trata, antes, de compreender a realidade histórica nas suas efetivas causas e na relatividade que lhe é própria.²⁸⁰ Para Del Vecchio, “não existe conquista do pensamento humano, assim como no campo do direito, que se possa considerar definitiva e irrevogável”.²⁸¹

Com relação aos fenômenos sociais e à história humana, se acenou, e não poucas vezes, a involuções, decadências e regressos. Falar em progresso indefinido é uma mera abstração, notadamente no campo jurídico, haja vista que a vida real das leis e das instituições mostra tanto fenômenos de progresso, ou evolução, como de regresso, ou involução.²⁸²

²⁷⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 151.

²⁷⁶ DEL VECCHIO, op. cit, p. 41.

²⁷⁷ Ibidem, p. 14-15.

²⁷⁸ Ibidem, p. 11.

²⁷⁹ Ibidem, p. 10.

²⁸⁰ Ibidem, p. 24.

²⁸¹ Ibidem, p. 28-29.

²⁸² Ibidem, p. 10-11.

Dessa maneira, vê-se que os institutos jurídicos, a partir do trabalho da história, podem surgir e evoluir, integrando, ampliando e reforçando as suas funções, mas também podem regredir, decair ou até mesmo morrer, violentamente a partir de revoluções ou, como na maior parte das vezes, lentamente.²⁸³

Isso lembra o fato de que em um dado momento histórico, as palavras têm uma determinada significação e não outra.²⁸⁴ Da mesma maneira os institutos jurídicos, cuja força pode variar no decorrer da história. O direito, desse modo, deve ser compreendido como a manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico. Assim, a regra valorada pelo direito é variável historicamente no tempo e no espaço. Este relativismo é concretizado pela multiplicidade dos sistemas político-ideológicos.²⁸⁵

Deve-se atentar, nesse tocante, quanto ao uso de mitos para construção de imagens fundadas num modelo de discurso ideologicamente construído. Tem-se aqui um acúmulo de significações ao longo do tempo que, viciados pela falta de historicidade, pauta-se na busca de um mundo sem contradição, na reafirmação do universo das crenças já aceitas.²⁸⁶

Em alguns casos esses mitos podem consistir em entrave à evolução do sistema, pela falta de reconhecimento da necessidade de uma involução em nome de uma evolução mais ampla, mais condizente com o momento histórico que se vive e com as necessidades e aspirações para o futuro. Nesse sentido, o desapego a institutos até mesmo consolidados contribui para se perder o medo do novo, para permitir um olhar diferente sobre o posto.

As linhas precedentes lançam uma análise a respeito da mitificação do princípio da presunção de inocência. Não se pretende aqui fazer uma apurada antítese, ou seja, debruçar sobre as virtudes desse princípio (fruto das revoluções oitocentistas e considerado um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito), mas permitir um olhar crítico sobre sua possível “absolutização”, especialmente diante do novo cenário trazido pela Lei da Ficha Limpa.

²⁸³ MANCALEONI. *L'evoluzione regressiva negli istituti giuridici*, p. 5-6 *apud* DEL VECCHIO, op. cit., p. 17.

²⁸⁴ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 84.

²⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 180.

²⁸⁶ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 108.

É preciso deixar bem claro que o presente trabalho não pretende pôr em xeque a importância do princípio da presunção de inocência, alhures defendido no bojo da ADPF 144.

O que se questiona é se esse princípio é absoluto, como sugeriram, ainda que indiretamente, alguns ministros em seus votos.²⁸⁷ Resta saber se o princípio da presunção de inocência não poderia ceder em favor de outros princípios constitucionais, tais como o da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, ou seja, se seria ele um corolário juridicamente inquestionável.

Esse questionamento, como visto, foi lançado inicialmente por organizações da sociedade civil, tais como movimentos e associações, e foi depois chancelado pelo legislador por meio da Lei da Ficha Limpa. Cabe, assim, uma análise sobre a atuação dessas instâncias não oficiais na construção e aplicação do direito, o que a academia chama de pluralismo jurídico.

4.6.2 *Pluralismo jurídico e Democracia*

Para que se compreenda adequadamente o desenvolvimento ou um processo de formação, é imprescindível a compreensão das diversas partes constitutivas do todo.²⁸⁸

O desenvolvimento dos fatos históricos deve ser observado a partir do ideal que representa o seu sentido autêntico, a sua razão profunda e o seu fim último.²⁸⁹ Isso permite lembrar que a criação permanente de novos direitos está diretamente relacionada com

²⁸⁷ A tendência à “absolutização” do princípio da presunção de inocência remete à seguinte análise: “A expressão presunção de inocência tem um apelo retórico de exaltação às garantias e aos direitos fundamentais, e de respeito ao regime democrático”, mostrando-se uma espécie de estereótipo, na medida em que porta uma carga emotiva e persuasiva. Segundo o autor, “Tudo indica que a sombra da ditadura recente ainda esteja influenciando a mente de nossos Ministros. Pois só isto explica (mas não justifica) a tendência em se presumir inocente (e tratá-lo como tal) aqueles já declarados (provisória e fundamentadamente) culpados, na contramão da unidade constitucional”. (GOMES, Renato Rodrigues. ADPF nº 144 e colisão entre democracia, moralidade e presunção de inocência: uma proposta de solução compatível com a unidade constitucional. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62754>>. Acesso em: 6 out 2010. P. 13; 20)

²⁸⁸ DEL VECCHIO, op. cit., p 11.

²⁸⁹ Ibidem, p. 44.

o grau de eficácia de uma resposta para as necessidades reivindicadas por sujeitos individuais/coletivos.²⁹⁰

Essa constatação reacende o fato de que a participação popular, além de forma de controle dos representantes, exerce influência na produção e na aplicação do direito. Assim, a realização mais concreta da soberania popular, que se dá por meio da participação, atravessa o universo jurídico.

Isso exige uma atenta reflexão acerca do alcance positivo, mediato e imediato dos novos movimentos sociais na construção paradigmática da nova cultura político-jurídica pluralista, subjacente à cultura jurídica formalista, dogmática e liberal-individualista analisada no capítulo 1 deste trabalho. É preciso, portanto, reconhecer a importância da participação da sociedade, participação coletiva organizada, nos processos de amadurecimento do direito.

Tem-se com isso o reconhecimento de outro paradigma cultural de validade para o direito. Trata-se de uma nova espécie de pluralismo, designado como pluralismo jurídico comunitário-participativo.²⁹¹

O pluralismo jurídico não tem a intenção de negar ou minimizar o direito estatal, mas a de reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade.²⁹² Nessa senda, tem-se, por exemplo, os movimentos sociais, que são tidos como o símbolo mais significativo de um novo sujeito histórico, personagem nuclear da ordem pluralista, fundada em outro modelo de cultura político-jurídica.²⁹³

O pluralismo jurídico comunitário-participativo constitui um novo paradigma de validade para o direito alicerçado no reconhecimento e na legitimação de normatividades extra e infraestatais, engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos.²⁹⁴

Essa tendência reforça a visualização do direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas. Permite a instauração de outra legalidade a partir

²⁹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 60.

²⁹¹ Ibidem, p. 361.

²⁹² Registra-se a existência de críticas e defesa de limites ao pluralismo, o que não será abordado no presente trabalho. Para conhecimento detalhado dos limites ao pluralismo, ver WOLKMER, op. cit., p. 216-231.

²⁹³ WOLKMER, op. cit., p. 120.

²⁹⁴ Ibidem, p. 77.

da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, bem como de uma legitimidade embasada nas “justas” exigências fundamentais de sujeitos sociais. Essa realidade, portanto, encara a instituição da sociedade como estrutura descentralizada, pluralista e participativa.²⁹⁵

De fato, no Estado Constitucional da democracia participativa vislumbra-se uma multiplicidade de fatores e instâncias sociais que influenciam na produção do direito. Conforme visto, o povo, não constitui apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.²⁹⁶

Nessa esteira, Häberle destaca a existência de forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional, as quais representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. O povo, nesse contexto, atua, inicialmente, de forma difusa, mas afinal, de maneira concertada, o que demonstra a necessidade de reconhecimento dessas forças faticamente relevantes, as quais são igualmente importantes para a interpretação constitucional.²⁹⁷

A práxis, aqui, atua na legitimação da teoria, e esta na legitimação da práxis. Isso significa que, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, significaria um empobrecimento ou um autoengodo. Com efeito, “um entendimento experimental da Ciência do Direito Constitucional como ciência das normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’”.²⁹⁸

Nesse contexto vem a lume o conceito de abertura constitucional, o qual revela que é pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Isso quer dizer que a abertura constitucional permite que cidadãos e associações, por exemplo, integrem o círculo de intérpretes da

²⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 78.

²⁹⁶ HÄBERLE, op. cit., p. 37.

²⁹⁷ Ibidem, p. 33.

²⁹⁸ Ibidem, p. 34.

constituição, o que acaba por democratizar o processo interpretativo, na medida em que ele se torna aberto e público, e, ao mesmo tempo, contribui para a concretização da Constituição.²⁹⁹

Em que pese essa realidade da sociedade pluralista e participativa, não se pode perder de vista que a cultura jurídica brasileira ainda é muito influenciada pelo sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o direito e a justiça em manifestações estatais exclusivas.³⁰⁰

Ocorre que esta mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos coletivos específicos do final do século XX.³⁰¹

Assim, o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais.³⁰²

Vê-se com isso que o problema das fontes do direito numa sociedade determinada e historicamente concreta não está mais na priorização de regras técnico-formais e na completude de ordenações teórico-abstratas, porém na dialética de uma práxis do cotidiano e na materialização normativa comprometida com a dignidade de um novo sujeito social.³⁰³

Essa mudança paradigmática remete a uma nova concepção de juridicidade, conforme dispõe Wolkmer:

A partir de interesses cotidianos concretos e necessidades históricas, internalizadas por sujeitos sociais que têm consciência, percepção, sentimento, desejo e frustrações, emerge nova concepção de juridicidade que não se identifica com os direitos estatais consagrados nos códigos e na legislação dogmática. Impõe-se, assim, não mais um direito desatualizado, estático, ritualizado e equidistante das aspirações da coletividade, mas

²⁹⁹ CITTADINO, op. cit., p. 18-19.

³⁰⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 97.

³⁰¹ Ibidem, p. 97.

³⁰² Ibidem, p. 97.

³⁰³ Ibidem, p. 153.

direitos vivos referentes à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, à dignidade humana.³⁰⁴

O pluralismo, enquanto prevalência de corpos sociais, encontra-se articulado contra o “estatismo” e o “individualismo”. Compreende a liberdade humana coletiva e individual, definida através da harmonia recíproca entre os valores pessoais e os valores do grupo, sintetizada pela equivalência democrática de corpos sociais autônomos e pessoas livres. Trata-se, na integração fraterna e democrática, de valores intercalados entre a variedade e a unidade.³⁰⁵

4.6.3 Regime da Lei da Ficha Limpa

A inoperância do sistema punitivo em face daqueles que se valem do mandato eletivo para práticas escusas, para o que concorre a existência de institutos como o do foro privilegiado, somada à morosidade no julgamento das ações judiciais, tem gerado uma reação sem precedentes na sociedade brasileira. É que a espera pelo trânsito em julgado tem, em termos práticos, contribuído para um quadro geral de impunidade, com a consequente permanência de políticos corruptos no poder.

Em momentos de grande descontentamento se vê a possibilidade e, em certo sentido, mesmo a necessidade, de subversões sociais. Isso decorre do fato de que nem sempre as aspirações e necessidades dos povos se identificam com as suas leis ou com as práticas reiteradas pelas instâncias oficiais de poder. Decorre ainda da deficiência por parte da máquina estatal em dar efetivas respostas às necessidades e aos anseios da sociedade.

A consolidação do pluralismo passa por muitas críticas, haja vista a cultura marcada pela prevalência, ou até mesmo busca pela hegemonia, das instâncias oficiais do poder constituído. No sentido oposto se tem a sociedade contemporânea, formada por cidadãos cada vez mais conscientes e conectados entre si, que, lutando por novos direitos ou contestando o posto, geram conflitos, os quais podem ser determinantes para a evolução do sistema vigente.

³⁰⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 157-158.

³⁰⁵ GURVITCH, Georges. *La declaration des droits sociaux*. New York: La Masion Française, 1944, p. 66-67. apud WOLKMER, op. cit., p. 174.

Certamente que inúmeras doutrinas legais foram dogmatizadas a partir desta incorreta junção entre a totalidade do poder e o Estado. A análise do fenômeno do poder sob o ângulo dos chamados “fatores extrajurídicos” ou de uma visão ampliada e interdisciplinar foi negligenciada. Há que se reconhecer os elementos dinâmicos e reais do poder inerentes às relações sociais, bem como à correlação de forças entre classes ou grupos sociais.³⁰⁶

Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. Tendo em vista a estreita relação entre direito e poder político, torna-se essencial que a ordem legal, que organiza e justifica o exercício do poder de uma sociedade, venha a ser justa e moralmente compartilhada pelos membros da comunidade.³⁰⁷

Paulo Bonavides, em sua análise sobre as modalidades básicas de constituição, sob o ponto de vista histórico, revela que as constituições populares ou democráticas são aquelas que se apóiam no consentimento dos governados e traduzem a vontade soberana do povo. Trata-se da legitimação do sistema representativo consagrado pela vontade dos cidadãos.³⁰⁸

Essa passagem remete ao que seja fonte do direito no âmbito da sociedade pluralista:

Fonte, no âmbito do direito, traduz os diferentes modos de sua formação e as múltiplas expressões de seu conteúdo histórico na realidade social. Daí que a fonte primária do direito não está na imposição da vontade de uma autoridade dirigente, nem de um poder legiferante ou de uma criação iluminada de magistrados onipotentes, mas, essencialmente, na dinâmica interativa e espontânea da própria sociedade humana. Assim, a fonte jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades fundamentais desejadas, inerentes ao modo de produção da vida material, subjetiva e cultural.³⁰⁹

De fato o poder pode ser impulsionado pela força física representada pelos aparatos institucionalizados que fazem valer suas decisões, mas também pode decorrer da legitimidade fundada no consenso, advinda da maior parte do corpo social. Na perspectiva da

³⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

³⁰⁷ Ibidem, p. 80.

³⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

³⁰⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 151-152.

legitimidade, o poder é aquela capacidade ou possibilidade de ação que se processa enquanto função dos valores e normas aceitáveis para a sociedade.³¹⁰

Essa assertiva leva à reflexão acerca da legalidade e da legitimidade. Legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Ao passo que a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade. O processo de legitimação, assim, manifesta-se não por temor ou obediência, mas porque os atores sociais reconhecem tal condição como boa ou justa.³¹¹

A legitimidade, principalmente quando referente ao direito, encontra seu substrato numa autoridade decorrente de padrões e princípios histórico-culturais que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado.³¹²

A respeito da legitimidade numa “cultura jurídica pluralista, democrática e participativa”, lembra Wolkmer:

A construção crítica de uma legitimidade democrática que venha a fundamentar o poder político e o direito justo parte do deslocamento da antiga lógica da legitimação, calcada na legalidade tecno-formal, para uma legitimidade formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos. (...) Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”.³¹³

De fato, a democracia semidireta, que erige mecanismos constitucionais de controle da ordem política mediante a manifestação direta do povo, possibilita à sociedade a transmissão de uma nova mensagem de valores de maneira mais efetiva, como a que se viu diante da iniciativa popular que culminou na Lei da Ficha Limpa, quando a sociedade deixou bem clara a sua exigência por ética e moralidade nos quadros da classe política brasileira.

³¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

³¹¹ Ibidem, p. 81-82.

³¹² GRAU, EROS Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 51. *apud* WOLKMER, op. cit., p. 87.

³¹³ WOLKMER, op. cit, p. 88-89.

A Ficha Limpa provou, de forma inequívoca, que a sociedade, organizada e mobilizada, é capaz de aperfeiçoar a democracia brasileira. Trata-se de uma lei vivificadora da Constituição, uma vez que torna palpáveis as promessas nela contidas a respeito da proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo.³¹⁴

No concernente à história humana, pode-se observar que a consciência dos fins, adquirida pelos indivíduos e pelos povos no curso da evolução, torna-se fator da própria evolução e, geralmente, concorre para encaminhá-la mais diretamente àqueles fins. (...) Quanto mais inequívoca e forte é a adesão à lei interior que destina a cada ente a sua missão, menores são as tergiversações e flutuações do processo, mediante o qual aquela lei se cumpre.³¹⁵

Não se trata aqui de pôr a nova legislação de inelegibilidades como a tábua da salvação de todos os problemas brasileiros. Entretanto, não se pode olvidar que a possibilidade de realização da vontade constitucional por meio do exercício da cidadania constitui uma grande fonte de motivação, gera uma “onda de positividade”³¹⁶ dentro da sociedade por tempos melhores, mais justos.

Na verdade o povo, ao conclamar por ética na política, nada mais quer que a coerência entre o dever-ser e o ser. A inelegibilidade decorrente da vida pregressa do candidato a cargo eletivo constitui, assim, uma das formas de aproximação entre o ser e o dever-ser, na medida em que obsta que candidatos cujo passado denotem improbidade ou falta da necessária moralidade ascendam ao poder como representantes do povo.

Não se pode ignorar que ao lado de uma concepção da Constituição em seu aspecto formal e jurídico existe a Constituição de natureza basicamente material, sociológica. Vê-se uma impossibilidade de serem comunicáveis, não se podendo separar o mundo do ser do mundo do dever-ser. Se assim fosse, estar-se-ia diante da falência jurídica das Constituições, reduzidas a mera ilusão, minadas pelos casuísmos do poder.³¹⁷

O advento da Lei da Ficha Limpa constitui um grande exemplo apto a selar a ideia de Bonavides de que

a história do Brasil revela a presença da vontade de uma camada humana que, resistindo, decidindo ou fazendo a mudança, dispôs de uma parcela do poder e expressiu o conceito de povo, como titular ativo da participação em

³¹⁴ REIS, op. cit., p. 21; 27.

³¹⁵ DEL VECCHIO, op. cit., p. 37.

³¹⁶ Expressão utilizada para tratar da positividade decorrente de conquistas advindas do efetivo exercício da cidadania. (RESENDE, op. cit., p. 90).

³¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p.323.

diferentes épocas, mostrando que o povo, do ponto de vista político, é o elemento que intervém na formação da consciência nacional.³¹⁸

As linhas precedentes conduzem a um pensar sobre a atuação do Poder Judiciário no contexto das sociedades contemporâneas, abertas e pluralistas.

Conforme visto no capítulo 1 deste trabalho, o modelo do Estado de Direito Clássico já não se mostra suficiente para atender as novas demandas decorrentes da complexidade dessas sociedades.

O ideal da pureza metodológica do direito e da neutralidade ideológica do intérprete não mais encontra guarita no contexto em que se vive, fruto dos processos dialéticos que se desenvolveram ao longo da história e permitiram a mudança paradigmática do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais (ou, no foco aqui delineado, para o Estado Constitucional da Democracia Participativa).³¹⁹

Com efeito, a sociedade contemporânea, marcada pelos pluralismos político e jurídico, exige o reconhecimento de que o direito não é estático, a-histórico, apolítico, tampouco construído sem a participação da sociedade. Nesse sentido cabe a dicção do Warat:

É pouco plausível o uso do direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se ele não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas de poder.³²⁰

A complexidade da sociedade hodierna, onde os indivíduos encontram-se cada vez mais conectados em busca da efetivação dos seus direitos, contribui para a consolidação da ideia da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, formulada por Peter Häberle.³²¹

Cabe lembrar que essa nova concepção demonstra a necessidade de um alargamento do círculo de intérpretes da Lei Fundamental, “para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas

³¹⁸ BONAVIDES, Paulo.. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 308.

³¹⁹ Cf. capítulo 1 do presente trabalho monográfico.

³²⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 22.

³²¹ Cf. tópico 1.2.2 do presente trabalho.

todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional”.³²²

Vê-se, com isso, que a participação da sociedade, para além do político, perpassa o jurídico, exigindo uma nova postura por parte daqueles encarregados de aplicar a Constituição e as leis.

Isso fica bem claro ao se constatar que os conflitos cada vez mais deixam de ter a proporção e a perspectiva de serem conflitos individuais, e passam a se tornar conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, transindividuais, motivando o colapso das formas tradicionais de se atenderem a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado de Direito Clássico, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês.³²³

Dentro dessa ideia cabe um repensar da postura de proteção mais voltada para a esfera individual, consoante destaca Cittadino:

Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual. Em outras palavras, os direitos fundamentais não mais podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, “antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir”.³²⁴

Lembra Cittadino que, para além da proteção da esfera individual, que é marca do constitucionalismo liberal, a constituição é tida como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores.

Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. (...) Ou seja, o objetivo primordial da constituição é a realização dos valores que apontam para o exigir da comunidade.³²⁵

Dessa maneira, no contexto de um espaço dialético, atravessado por confrontos, deslocamentos e rupturas, deve-se pensar o fenômeno jurídico enquanto

³²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2011, p. 2

³²³ BITTAR, op. cit., p. 173.

³²⁴ CITTADINO, op. cit, p. 17.

³²⁵ Ibidem, p. 16.

instrumento de direção e possibilidades, para o que se faz necessária uma ordenação emancipatória. Nesse contexto, caberia ao Judiciário democraticamente espelhar “as diretivas da sociedade civil em expansão”, mostrando-se, com isso, um Judiciário orgânico, dialeticamente compromissado na implantação de um novo sistema sociopolítico, tipificado pela reabsorção da sociedade política pela sociedade civil.³²⁶

Propõe-se, dentro do contexto da sociedade pluralista, uma hermenêutica crítica que, ao questionar os postulados da ciência e da filosofia jurídica tradicionais, possibilite a desmistificação do saber ideológico tradicional e do saber jurídico dogmático. Converge nesse sentido o florescimento de uma nova cultura jurídica nos marcos de um pluralismo comunitário-participativo fundado na legitimidade de novos sujeitos coletivos.³²⁷

Na hermenêutica crítica, o jurista, mesmo quando estuda e interpreta determinado sistema jurídico positivo, não deve jamais limitar-se à letra de disposições isoladas, mas traduzir o espírito do sistema. Essa preferência pelo espírito em face da letra é necessária para a evolução do direito.³²⁸

A moderna interpretação constitucional, assim, está intimamente ligada à perspectiva diacrônica na aplicação do direito, ao reconhecimento de que

Ao juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do direito, de modo a apreciar as reais necessidades fundamentais da vida social. Da mesma maneira, compete ao juiz adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recentes pressupostos paradigmáticos de valoração jurídica emancipadora. (...) Em suma, a atividade do juiz-cidadão enquanto principal operador jurídico está mais do que nunca comprometida com o alargamento dos espaços democráticos da justiça e do direito.³²⁹

Para tanto, cabe ao operador do direito atuar numa perspectiva crítica da sociedade, intervindo no saber jurídico acumulado, com vistas à transformação da sociedade.³³⁰ Cabe aqui o que Warat chama de “leitura sintomática do senso comum teórico”,³³¹ que conduz a um olhar crítico sobre os mitos dogmáticos cristalizados no decorrer dos processos de criação, interpretação e aplicação do direito, possibilitando a sua não-

³²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 195.

³²⁷ Ibidem, p. 202-203.

³²⁸ DEL VECCHIO, op. cit., p. 60-62.

³²⁹ WOLKMER, op. cit., p. 187-188; 190.

³³⁰ WARAT, Luis Alberto. O senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 21.

³³¹ Ibidem, p. 24.

reiteração. Essa “política de análise” permite “escutar o decretado como indizível pelo instituído”.³³²

O Poder Judiciário tem importância elementar não só na atuação como a última instância concretizadora dos direitos fundamentais, como na contribuição para o desenvolvimento da democracia em seu sentido mais amplo.

Isso revela a grande responsabilidade da Corte Suprema na temática do combate à corrupção, posto que, conforme explicitado no capítulo 3 do presente trabalho, a corrupção constitui entrave à realização dos direitos fundamentais. A corrupção, para além disso, corrói o próprio sistema democrático, deturpando por completo a essência do sistema representativo.

Se a vivência hodierna retrata um contexto de profundas mudanças nos comportamentos sociais, nas ambições populares, nas regras sistêmico-sociais, na carga de valores cultuados pela sociedade, inevitável que essa teia de complexidade não se estique até o âmbito da prática do direito, podendo inclusive gerar algum tipo de crise no universo jurídico.³³³

Crise, tomando emprestadas as ideias do Del Vecchio³³⁴, pode, antes de denotar regresso, consubstanciar um progresso mais amplo. Nesse sentido, cabe lembrar as palavras de Mendes: “se a Constituição quiser preservar sua força regulatória, em uma sociedade pluralista, ela não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como projeto em contínuo desenvolvimento”.³³⁵

Trata-se, ao fim e ao cabo, do reconhecimento da perspectiva diacrônica não só na criação, mas também na aplicação do direito. Tendo em vista as respostas que cabe ao Estado dar aos cidadãos, exige-se não só do legislador, mas também do julgador, que dê respostas efetivas para os prementes problemas porque passa a sociedade, os quais variam no tempo, devendo o Poder Judiciário, com destaque para a Corte Suprema, acompanhar as transformações sociopolíticas da sociedade de modo a não apartar o ser do dever-ser.

³³² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 110.

³³³ BITTAR, op. cit., trecho do texto constante da 3ª capa.

³³⁴ Ver a abordagem a respeito de evolução e involução do sistema jurídico no tópico 4.6.1 do presente trabalho.

³³⁵ MENDES, op. cit., p. 3.

Observa-se que a Lei da Ficha Limpa, dado o contexto do seu surgimento, permite vislumbrar um regime de mais efetiva participação social, que se lança sobre a atuação não só dos parlamentares e governantes, como também do Poder Judiciário. Observa-se, com isso, uma perspectiva crítica de setores organizados da sociedade sobre as instâncias oficiais do poder.

O clima participativo da sociedade brasileira no combate à corrupção finca seus olhares especialmente sobre o STF. A sociedade apreciará atentamente o julgamento a respeito do conflito entre o direito fundamental à presunção de inocência e o “Direito Fundamental à Moralidade das Candidaturas”.³³⁶

O desafio estará em discutir o hoje, claramente com vistas ao amanhã, sem perder de vista o ontem,³³⁷ entendendo-se por ontem, *in casu*, as conquistas do Estado de Direito Clássico, com destaque ao postulado da presunção de inocência.

³³⁶ Expressão utilizada para designar que, da mesma maneira que os indivíduos têm o direito de candidatar-se, todos os indivíduos, inclusive estes, têm o direito de ter representantes que estejam a serviço da coisa pública. (DIAS JUNIOR, Jose Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: direito fundamental a moralidade das candidaturas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 247).

³³⁷ BITTAR, op. cit., trecho do texto constante da 3ª capa.

CONCLUSÃO

A Lei da Ficha Limpa consiste num marco histórico de participação do povo brasileiro enquanto poder político. Um povo capaz de movimentar a máquina estatal no sentido de suas aspirações. Trata-se de forte exemplo da democracia participativa nas sociedades contemporâneas.

A nova lei ousa ao desafiar um corolário tido como inquestionável por grande parcela do universo jurídico: a cláusula garantista da presunção de inocência. Daí o receio social diante da possibilidade de “morte da Lei”, uma vez que terá sua constitucionalidade apreciada no Supremo Tribunal Federal, a quem caberá a conciliação entre a busca por novos tempos e as conquistas pretéritas.

A análise da mudança paradigmática do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais permitiu visualizar o império de novas respostas do direito diante da complexidade e pluralismo da sociedade hodierna, devendo o direito se desenvolver ao longo do tempo para acompanhar a evolução das sociedades e dar respostas às suas necessidades.

Em que pesem as grandes conquistas do Estado de Direito Clássico, a História demonstrou que a sua estrutura já não se mostrava suficiente à sociedade contemporânea pluralista, tendo em vista a sua complexa teia de problemas políticos, econômicos e sociais. Isso decorre, sobretudo, do caráter predominantemente estático e formalista daquela concepção de Estado.

A compreensão dessa temática permitiu visualizar a existência de resquícios desse modelo nos momentos atuais, tanto no que diz respeito às suas virtudes quanto às suas deficiências. Merece especial destaque, aqui, a constatação de que o uso reiterado de conceitos, valores e práticas pela cultura jurídica dominante pode redundar na criação de dogmas absolutos, via de regra marcados pela falta de historicidade.

Deve-se ter em conta, ainda, a intrínseca ligação entre direito e poder, o que pode revelar o uso do direito como ideologia pelas forças políticas. Tal uso pode decorrer da tentativa de manutenção do estabelecido, ou seja, da resistência a mudanças, bem como de alterações do sistema que privilegiem os interesses de determinadas parcelas da sociedade.

No contexto da realidade oitocentista, o apego às ideias da pureza metodológica - que resume o direito ao direito posto, apartando, assim, conceitos ligados à sociologia, à justiça, à moral, à política – e da neutralidade ideológica do operador do direito serviram para legitimar a ordem posta, criando, com isso, óbices a um olhar diferente.

O afastamento do sistema jurídico do sistema social no qual está inserido acabou por gerar uma mera igualdade formal perante a lei, para o que eclodiram as lutas históricas em busca da igualdade material por meio da realização de direitos, sendo que o trilhar dessas lutas evidencia justamente a passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.

Essa mudança paradigmática deve-se, em grande medida, ao reconhecimento da relação entre direito e ideologia, para o que se faz necessário um olhar crítico que permita ver o caráter dinâmico dos fenômenos políticos e jurídicos. O que a História revela, assim, é uma perspectiva diacrônica da formação do direito, consubstanciada, sobretudo, nas buscas de realização dos direitos humanos, para o que foi determinante a participação da sociedade.

O crescimento da participação popular ao longo da história causou reflexos sobre os universos jurídico e político. Na realidade da democracia participativa, a participação do povo não se reduz às eleições periódicas, mas à própria construção do direito, uma vez que são, ao fim e ao cabo, os seus destinatários. Com isso, o povo passa a exercer influência, direta ou indiretamente, enquanto poder político.

Bem demonstra isso o gradativo crescimento da participação popular na sociedade brasileira, selada com o advento da Constituição Federal de 1988. De fato, a Carta Política contemplou possibilidades de efetiva participação das instâncias “não oficiais” no poder, por meio de institutos como ação popular, mandado de injunção, projetos de lei de iniciativa popular.

A ampliação da base democrática do poder revela-se especialmente importante em contextos de crise de legitimidade das instituições representativas, o que faz emergir iniciativas por parte da sociedade. Trata-se de participação como forma de controle do poder pelo poder, que emerge, sobretudo, em caso de “choque” entre o que o representado demanda e o que representante realiza. Bem exemplifica essa assertiva o caso da “Campanha Ficha Limpa”, pelo fato de o legislador ter demorado 16 anos para aprovar os casos de

inelegibilidades em razão da vida pregressa, inserida no texto constitucional em 1994 e somente regulamentada em 2010. Essa inércia gerou a reação da sociedade, que, mediante elevada pressão, provocou a aprovação da Lei da Ficha Limpa.

O anseio social por ética e transparência no exercício do poder, somada às iniciativas da sociedade civil organizada e à massificação do uso das redes sociais permite vislumbrar uma nova realidade da sociedade brasileira, de um povo que caminha no sentido de participar das decisões políticas e de fiscalizar a atuação das instâncias oficiais de poder.

A emergência dos sujeitos participativos ganha especial relevo diante do quadro de crise das instituições políticas, gerado pela falta de apreço pela coisa pública, quando se deveria ter representantes dando cumprimento à sua função constitucional de verdadeiros representantes do povo.

Na defesa dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, os governados buscam do Estado o cumprimento do dever que lhe cabe, exigindo dos representantes que pautem sua atuação em nome do interesse público. Com isso, a sociedade mostra que já não se admite o descompasso entre o dever-ser e o ser, bem como o distanciamento entre o sistema jurídico e a realidade social.

Trata-se de um reavivamento das bases da democracia representativa: deve o representante governar em nome do povo e para o povo, que é o verdadeiro detentor do poder. De fato o anseio social por moralização na política brasileira encontra suas bases no direito que os cidadãos têm de dispor de representantes que estejam a serviço dos maiores interesses da coletividade.

A sociedade ter representantes e governantes que zelem pela probidade e pela moralidade no exercício da função pública constitui premissa para o fiel cumprimento do fim último do Estado e do Direito, quais sejam, a concretização dos seus objetivos fundamentais e a realização do bem-estar social mediante o desenvolvimento contínuo que se pautar na busca de uma sociedade cada vez menos desigual.

A consciência das questões até então formuladas são essenciais para a efetiva e constante busca pela concretização dos objetivos fundamentais, consignados no art. 3º da Carta Política de 88, consistindo a corrupção num entrave a esse ideal. É que a

corrupção traz um elevado custo social, na medida em que impacta diretamente da concretização dos direitos fundamentais e ofende a essência do próprio princípio democrático.

A Lei da Ficha Limpa surge, assim, com o ideal de depuração dos quadros políticos do país. Busca impedir a chegada ao poder de indivíduos cuja vida pregressa não coadune com os preceitos da probidade e da moralidade, não sendo mais necessária a espera do trânsito em julgado da decisão judicial, mas tão somente a condenação por órgão colegiado.

O debate reavivado pela Lei da Ficha Limpa já havia ocorrido em 2008, quando do julgamento da ADPF 144. Nessa ação discutiu-se sobre a possibilidade de se afastar a exigência do trânsito em julgado para tornar o candidato inelegível, mesmo sem a existência da lei tipificadora dos casos de inelegibilidades em virtude da vida pregressa do candidato. A inexistência dessa lei foi determinante para o resultado da ADPF 144, quando foi mantida a exigência do trânsito em julgado.

A maioria dos argumentos utilizados pelos ministros para o indeferimento do pedido na ADPF 144 foi superado pela simples existência da Lei da Ficha Limpa, que trouxe as tipificações acima referidas, persistindo somente o argumento da incompatibilidade do pedido com o princípio constitucional da presunção de inocência.

De fato, é necessário perquirir quais os fundamentos que podem ou não legitimar a frustração da pretensão eleitoral de um cidadão, haja vista que esse cidadão é o mesmo indivíduo que tem direitos individuais garantidos pelo Estado. Assim, no conflito entre o seu direito individual a fazer uso da capacidade eleitoral passiva e o seu próprio direito, bem como de todo o corpo social, de ter representantes cuja vida pregressa denotem idoneidade, o que deve prevalecer?

Da leitura dos votos proferidos por alguns ministros na ADPF 144 depreende-se uma certa “absolutização” ao princípio da presunção de inocência. O questionamento dessa mitificação não põe em xeque a importância desse postulado, fruto das conquistas oitocentistas, mas questiona se, no presente momento histórico, cabe a ideia de tê-lo como um corolário juridicamente inquestionável.

Ao se considerar que a aplicação de um instituto jurídico pode variar conforme o momento histórico, fica difícil conceber a existência de construções intocáveis no

direito. Impera, desse modo, a leitura dos institutos jurídicos no decorrer do tempo, o reconhecimento do seu caráter dialético, haja vista que “o direito é um fenômeno social, histórico e concreto que somente pode ser entendido questionando-se a realidade social e o processo histórico em que ele se manifesta”.³³⁸

Isso leva à necessidade, no seio da sociedade pluralista, democrática e participativa, do reforço a uma nova cultura jurídica. Para tanto, é preciso o desapego a dogmas absolutos de modo a tornar possível uma nova visão, passando, assim, de uma “concepção jurídica do mundo para uma concepção social-histórica do direito”.³³⁹

O Regime da Lei da Ficha Limpa revela-se como um momento de crise paradigmática que deve ser aproveitado como uma oportunidade de se refletir sobre os valores postos, permitindo, assim, um olhar novo com a consequente incorporação de novas práticas no sistema.

Destaca-se, nessa senda, a importância que o Poder Judiciário exerce, não só na atuação como a última instância concretizadora dos direitos fundamentais, como também na contribuição para o desenvolvimento da democracia em seu sentido mais amplo, para o que parece ser incontestável a necessidade de ética por parte daqueles investidos pelo mandato popular.

Ao se considerar que a sociedade, desde muito, vive uma busca pela moralização na política, e que esta consubstancia o próprio princípio democrático, a mitigação do princípio da presunção de inocência não pode ser *a priori* expurgada. Deve-se ter em conta a realidade da sociedade aberta e pluralista, onde se vê um processo democrático de interpretação constitucional.

Tal postura decorre do entendimento de que a dimensão diacrônica do direito deve se revelar não somente na sua formação, como também na sua aplicação. Decorre da constatação que direito não é estático, apolítico, a-histórico, tampouco construído sem a participação da sociedade.

³³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

³³⁹ Expressão utilizada pelo Luiz Alberto Warat (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 108).

O advento da legislação de inelegibilidades em razão da vida pregressa do candidato é um marco histórico na história política e jurídica do Brasil. Reafirma a tendência do sistema jurídico brasileiro no sentido da moralização dos quadros políticos, vista com a evolução da Legislação Eleitoral e da atuação da Justiça Eleitoral.

Hoje está posto o desafio de conciliar o nobre sentido e aspiração por ética na política, cujo ápice se deu na Lei da Ficha Limpa, com preceitos basilares do Estado democrático, tais como os direitos individuais.

O julgamento a respeito da possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência ocorrerá diante de um novo cenário, o de uma sociedade fortemente mobilizada em prol do combate à corrupção, sociedade esta que deu origem à própria lei que estará sob julgamento. Assim, caberá ao STF responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente, ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº144. Associação de Magistrados Brasileiros. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 06.08.2008. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJe-035, de 26/2/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 17 set. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2004. *Revista Buscalegis [on line]*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31274/30571>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Estado de Direito. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 82-85.

BITTAR, Eduardo C. B.. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Consulta de proposições*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. 1984. Disponível em: <<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>>. Acesso em 16 abr. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

DE ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Pertencimento do Mandato. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 180-182.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *Pobreza política – Polêmicas de nosso tempo*. São Paulo: Editora Autores Associados, 1996.

DIAS JUNIOR, Jose Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: direito fundamental a moralidade das candidaturas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

FERREIRA, José Valmir. *Inelegibilidade em razão da vida pregressa dos candidatos*. 2008. 59 f. Trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Constitucional Eleitoral, Universidade de Brasília – UNB, Faculdade de Direito, Brasília, 2008.

FREIRE, Paulo. *Política e educação*. Coleção Questões de Nossa Época, n. 23, 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2001.

G1 O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. *Eleições 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Renato Rodrigues. ADPF nº 144 e colisão entre democracia, moralidade e presunção de inocência: uma proposta de solução compatível com a unidade constitucional. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62754>>. Acesso em: 6 out 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição do Estado Constitucional*. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2011.

MESQUITA JÚNIOR, Geraldo. *Os filósofos da política*: iluminismo, a filosofia da ilustração. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/geraldomesquita/Textos/cursos/UniV_Filosofos%20.pdf>. Acesso em: 11 out. 2011.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *Reforma Política - texto da proposta*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://mcce.org.br/sites/default/files/Proposta_Reforma_Politica.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Editora UnB, 2000.

REIS, Marlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; DE OLIVEIRA, Marcelo Roseno (Org.). *Ficha Limpa*. Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. São Paulo: Edipro, 2010.

RESENDE, Ênio J. *Cidadania: o remédio para as doenças culturais brasileiras*. São Paulo: Summus, 1992.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Institucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional>>. Acesso em: 2 out. 2011.

_____. *Glossário Eleitoral Brasileiro*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotSites/glossario-eleitoral/index.html>>. Acesso em 17 ago. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

_____. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Introdução geral ao direito: epistemologia jurídica da modernidade*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. O senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.